

FÁBIO DA SILVA VEIGA | PAULO DE BRITO | ZÉLIA LUIZA PIERDONÁ
COORDENAÇÃO

FUTURELAW

VOLUME II



UNIVERSIDADE
LUSÓFONA
DO PORTO



IBEROJUR
INSTITUTO IBEROAMERICANO
DE ESTUDOS JURÍDICOS

FUTURE LAW, Vol. II

Fábio da Silva Veiga

Paulo de Brito

Zélia Luiza Pierdoná

(Coordenação)

Porto 2021

O editor não é responsável pelas opiniões, comentários e manifestações contidas nos textos dos respectivos autores. A presente obra expõe exclusivamente a opinião de cada autor como manifestação do seu direito à liberdade de expressão e ao padrão académico-científico definido pelo parâmetro de revisão do Comité Científico. O editor se opõe expressamente a qualquer das páginas desta obra ou partes da mesma nas quais sejam utilizados resumos ou textos jornalísticos. Qualquer forma de reprodução, distribuição, comunicação pública ou transformação desta obra só pode ser realizada mediante autorização de seus titulares, salvo exceção prevista na lei. Portanto, este livro não poderá ser reproduzido de forma integral sem a autorização prévia dos editores. Os autores dos capítulos ficam autorizados à reprodução e indexação na forma eletrónica sem fins comerciais, fazendo-se menção de que os respectivos textos pertencem à integralidade do livro, desde que citados o editor e demais informações da obra. Quaisquer outras formas de cessão do uso da obra, sem a autorização prévia, por escrito, dos titulares do copyright, são consideradas proibidas.

O procedimento de seleção de originais ajusta-se aos critérios específicos de investigação, no que se indica que as admissões dos trabalhos publicados respondem a critérios de qualidade equiparáveis aos exigidos pelas revistas científicas, nomeadamente avaliação double-blind review do Comité Científico composto por doutores em conformidade com a especialização da matéria.

Citação:

VEIGA, Fábio da Silva; BRITO, Paulo de; PIERDONÁ, Zélia Luiza. Future Law, vol. II, Porto: Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos e Universidade Lusófona do Porto, 2021, 697 págs. ISBN: 978-989-54869-6-0

Ficha Técnica

© 2021 Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos – IBEROJUR

Título: Future Law, vol. II

Coordenadores: Fábio da Silva Veiga; Paulo de Brito e Zélia Luiza Pierdoná

Projeto Gráfico e Diagramação: Talita Corrêa Gomes Cardim

© [Autores vários]

Suporte: Eletrónico; Formato: PDF

ISBN: 978-989-54869-6-0

1ª edição: Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos e Universidade Lusófona do Porto

Rua de Avilhó, 214, Matosinhos (Porto) - Portugal.

4460-282.

Maio, 2021

Depósito Legal - Biblioteca Nacional de Portugal

483006/21

Comité Científico

Alvaro Alzina Lozano (Universidad Rey Juan Carlos)
Antonio Francisco de Sousa (Universidade do Porto)
Antonio Tirso Ester (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria)
Augusto Jobim do Amaral (PUCRS, Brasil)
Bruna Capparelli (Alma Matter Studiorum Università di Bologna)
Catherine Maia (Universidade Lusófona do Porto)
David Montoya Medina (Universidad de Alicante)
Denise Fincato (PUCRS, Brasil)
Fábio da Silva Veiga (Universidad de Alcalá, Espanha)
Fernanda Mesquita Serva (UNIMAR, Brasil)
Francesca Benatti (Università di Padova)
Frederico Oliveira (UNAMA, Brasil)
Gabriel Martín Rodríguez (Universidad Rey Juan Carlos)
Gustavo Santanna (IMED, Brasil)
Heloisa Helena de Almeida Portugal (UFMS, Brasil)
Jeferson Bacelar (UNAMA, Brasil)
Jefferson Aparecido Dias (UNIMAR, Brasil)
João Proença Xavier (Universidad de Salamanca)
José Julio Fernández Rodríguez (Universidad de Santiago de Compostela)
Laura Miraut Martín (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria)
Lígia Abreu (Universidade Lusófona do Porto)
Lourival José de Oliveira (UNIMAR, Brasil)
Maria de Fátima Ribeiro (UNIMAR, Brasil)
Maria do Rosário Anjos (Universidade Lusófona do Porto)
Mônica Mota Tassigny (UNIFOR, Brasil)
Paulo Antônio Grahl Monteiro de Castro (Escola Superior Dom Helder)
Paulo de Brito (Universidade Lusófona do Porto)

Pedro Curvello Saavedra Avzaradel (Universidade Federal Fluminense)

Thiago Loures Machado Moura Monteiro (Escola Superior Dom Helder)

Valter Moura do Carmo (UNIMAR, Brasil).

Wilson Engelmann (UNISINOS, Brasil)

Zélia Luiza Pierdoná (Universidade Presbiteriana Mackenzie, Brasil)

Conselho Consultivo

Guilherme Souza Godoy (Universidade do Porto)

João Pedro Leite Barros (Universidade de Brasília)

João Santos (Universidade do Porto)

Eduardo Amorim (Universidad de Oviedo)

Patricia Machado (Universidade de Coimbra)

Thiago Rocha (Universidad de Oviedo)

Rui Zeferino Ferreira (ISVOUGA)

Apresentação

A segunda edição do Congresso Internacional sobre o Futuro do Direito (II FUTURELAW) foi organizada pelo Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos (IBEROJUR), em colaboração com o Instituto de Investigação Jurídica (IJJ) da Universidade Lusófona do Porto. O evento, programado para ser realizado na Faculdade de Direito e Ciência Política da Universidade Lusófona do Porto, na cidade do Porto – Portugal, nos dias 29 e 30 de janeiro de 2021, transcorreu-se de forma online, em razão do agravamento da pandemia da COVID-19, causada pelo novo coronavírus,

O II FUTURELAW, objetivando reunir investigadores e professores, não apenas de Portugal e do Brasil, mas também de Universidades de diversos países, possibilitou o debate aberto e reflexivo sobre o futuro do Direito. O referido debate, de elevada capacidade científica e académica, permitiu a troca de conhecimentos, a interação de ideias, a difusão e o aprimoramento do conhecimento jurídico, nas mais variadas vertentes do Direito.

O uso de novas tecnologias, cada vez mais inteligentes e disruptivas, vem afetando diretamente as relações humanas, provocando mudanças sociais que repercutem não somente no mundo jurídico, mas também em outros ambientes, como a economia, a política, o trabalho, a saúde etc.

Na seara jurídica os desafios da atualidade impõem a desconstrução de conceitos anteriormente firmados. Direitos que antes eram tidos como “absolutos” e “irreversíveis” precisam, no presente e no futuro, ser adaptados como forma, inclusive, de garantir sua preservação. Sob pena de se tornarem meras promessas legislativas, vazias de força pragmática, esses direitos necessitam de adequação à nova realidade, marcada pela multidisciplinariedade, dinamicidade e complexidade. A transformação da realidade jurídica não precisa necessariamente levar ao surgimento de um novo direito, podendo ser suficiente a reorientação e a adaptação das normas existentes ao novo contexto.

Se para alguns juristas essas adaptações representam perdas de direitos, retrocessos e atrasos normativos, capazes de impingir prejuízos às gerações futuras, para outros, constituem oportunidades de preservação e garantia de efetivação desses direitos. Isso porque a garantia de direitos no futuro pressupõe a responsabilidade com os direitos no presente, o que inclui a análise dos deveres a eles relacionados, bem como os custos para a sua efetivação.

Se a geração de hoje é responsável pelas gerações futuras, em obediência ao “pacto intergeracional”, não se pode fechar os olhos para o ritmo acelerado das transformações causadas pelo progresso tecnológico. Tornar o direito compatível com essas transformações é uma tarefa imprescindível, sobre a qual os juristas devem se debruçar. Foi justamente essa a perspectiva dos trabalhos apresentados no II FUTURELAW.

Assim, divididos em áreas temáticas: “Pedagogia do Direito”, “Direito Constitucional”, “Direito Administrativo”. “Direitos Fundamentais”, “Direito do

Ambiente”, “Direito da União Europeia”, “Direito Comercial”, “Direito Civil”, “Direito Tributário e Fiscal”, “Direito Penal” e “Direito do Trabalho”, os artigos que compõem este e-book são frutos das reflexões protagonizadas pelos pesquisadores e professores que participaram do II FUTURELAW.

Partindo dos aspectos mais desafiadores do desenvolvimento tecnológico, os trabalhos, ora apresentados, visam ampliar o conhecimento sobre os seus efeitos, assim como pensar alternativas para o enfrentamento dessa nova realidade. Enfim, os trabalhos visam contribuir para o debate que permita a adoção das medidas necessárias para a construção de uma sociedade mais justa e solidária.

Porto, 8 de abril de 2021

Fábio da Silva Veiga

Paulo de Brito

Zélia Luiza Pierdoná

Os Coordenadores

Índice

Apresentação	6
Net-ativismo: redes online de colaboração para uma nova soberania	17
Helíssia Coimbra de Souza	
A evolução da dedutibilidade dos gastos fiscais em sede de imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas	24
Maria Helena Pilroto Rodrigues	
Patrícia Anjos Azevedo	
Da comunicação de esquemas de planeamento fiscal potencialmente abusivos à obrigação de comunicação de determinados mecanismos internos ou transfronteiriços com relevância fiscal: Perspetiva evolutiva	33
Paulo Sérgio de Sousa Magalhães	
Patrícia Anjos Azevedo	
Novos desenvolvimentos da proteção de dados pessoais em tempos de Covid-19	42
Weder Lacerda	
Metodologia híbrida de ensino nos cursos de direito do Brasil: análise do ensino híbrido no curso de direito em tempos de pós-pandemia do covid-19	52
Brenno Henrique de Oliveira Ribas	
Carolinne Cardoso Guerra	
Teletrabalho em domicílio: breve análise jurídica das novas questões para o Direito do Trabalho	58
Talita Corrêa Gomes Cardim	
A obsolescência do fundo eleitoral brasileiro e a crise da efetividade dos direitos humanos	68
Allan Thiago Barbosa Arakaki	

Direito à desconexão do trabalhador e o Relatório nº 2019/2181 do Parlamento Europeu

76

Talita Corrêa Gomes Cardim

Desafios à proteção ao meio ambiente no sistema interamericano de direitos humanos

85

Ana Paula Teixeira Delgado

O custo dos direitos e os deveres: outra perspectiva de análise sobre os direitos sociais

94

Zélia Luiza Pierdoná

Fábio da Silva Veiga

A proteção de dados na administração pública como direito fundamental: obstáculos e avanços

104

Alberto Barella Netto

Vithor Assunção Sousa

A cidadania da União Europeia: sua extensão e limites

113

Luísa Fonseca da Silva de Carvalho

Leonardo Foeppel de Oliveira

Fomento estatal: nova perspetiva a partir da economia comportamental

123

Pamela Varaschin Prates

Habilidades do século XXI: remodelação da educação jurídica no Brasil

132

Daiane de Queiroz

Monica Mota Tassigny

A soberania no processo de globalização: os novos paradigmas de uma sociedade transnacional

141

Gabriela Soldano Garcez

A concepção crítica dos direitos humanos refletida no campo contratual

150

Janaina Pereira Antunes

Afrofuturismo como hipótese de revisão jurídica 157

Marco Túlio Corraide

Valoração da Prova Digital 166

Isabella Ivankio

Rui Miguel Zeferino Ferreira

LGPD e a proteção dos dados pessoais no âmbito da administração tributária brasileira 175

Lucienne Michelle Treguer Cwikler Szajnbok

Consumidor.gov e a implementação de odrs no sistema de resolução de disputas brasileiro: contexto, regulação e propostas 184

Karelina Staut de Aguiar

Edson Antônio Sousa Pontes Pinto

A propagação de notícias falsas e o prejuízo à democracia: a relativização da liberdade de transmitir e receber informações verídicas 193

Adriane Medianeira Toaldo

Felipe Mattos dos Santos

Cooperação jurídica internacional na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais brasileira: reflexões iniciais 201

Valesca Raizer Borges Moschen

Helena Emerick Abaurre

Mediação no auxílio aos processos de insolvência empresarial 210

Edson Freitas de Oliveira

Hugo Carvalho Bueno

Direito fiscal aplicado ao direito da moda 217

Juliana Silva de Paula

Rui Miguel Zeferino Ferreira

Inteligências artificiais, carros autônomos e seus impactos na responsabilidade do direito do consumidor no Brasil 227

Agatha Gonçalves Santana

Arthur Igor Oliveira Meirelles

Breve análise das “smart factories” e da importância da sua regulamentação 236

Diogo Nuno Cardoso Miranda de Matos Brandão

Direito à educação e acesso as novas tecnologias para a educação básica 245

Bianca Croda

Thaís Janaina Wenczenovicz

Cadeias produtivas de alimentos e sustentabilidade: interfaces entre global e local 254

Janaína Rigo Santin

Anna Gabert Nascimento

O princípio da capacidade contributiva nas medidas fiscais da Covid-19: conveniência e momento de aplicação 263

José Anijar Fragoso Rei

A lei anticorrupção brasileira e o Decreto nº 8.420/2015: medidas preventivas no combate à corrupção 272

Jaqueline Maria Ryndack

Aplicações da tecnologia blockchain para efetivação de direitos humanos 281

Lorena Ferrer Sorrilha

Edson Freitas de Oliveira

Os Standards ISO como modelos para autorregulação regulada 290

Wilson Engelmann

Patricia S. Martins

Os Limites da Responsabilidade Criminal do Chief Compliance Officer 298

Jaqueline Maria Ryndack

Inovações e interpretação da legislação tributária: a dignidade da pessoa humana e a tributação 307

Sara Corrêa Fattori

Ubiratan Bagas dos Reis

Impacto da quarta revolução industrial nas relações de emprego 315

Kárita Barboza Gouveia

Nicélia Pereira Lima Ferreira

O direito a educação e os impactos da prática da individualização 322

Cesar Riboli

O sistema interamericano de direitos humanos na defesa do estado de direito e da democracia 331

Anne Carolinne Batista

A política brasileira de inovação: notas sobre o Decreto Federal n.º 10.534/2020 340

Gabriel Vinícius Carmona Gonçalves

O direito ao esquecimento em face do profiling 347

João Alexandre Silva Alves Guimarães

Ana Júlia Silva Alves Guimarães

A proteção de dados como direito fundamental: uma análise à proposta de emenda à constituição nº 17/2019 357

Flávia Christiane de Alcântara Figueira Secco

Ensino jurídico e o impacto das novas tecnologias 366

Andrea Boari Caraciola

Acórdão 493/17 do Tribunal de Justiça da União Europeia e Vinculação dos Tribunais Nacionais em Caso de Reenvio Prejudicial 374

Rômulo Pinto de Lacerda Santana

Direito fundamental à educação sob a perspectiva das teorias da justiça 382

Yasmin Sales Silva Cardoso

Jeferson Antonio Fernandes Bacelar

A tributação na era da economia digital sob à luz da análise econômica do direito 390

Alberto Barella Netto

Hérica Cristina Paes Nascimento

O estado palestino à luz do sistema jurídico internacional: desafios e perspectivas para o século XXI 399

Ricardo Cotrim Chaccur

Aya Habib Abou Abbas

A Harmonização Fiscal no Processo de Integração da União Europeia 408

Fabrizio Bon Vecchio

Débora Manke Vieira

Las estrategias del administrado ante el silencio de la administración en Argentina y Brasil: las nuevas posibilidades del silencio positivo 416

Carlos Augusto Motta Murrer

A desconexão das ferramentas tecnológicas laborais como direito fundamental ao meio ambiente de trabalho salutar 425

Fabício Veiga Costa

Graciane Rafisa Saliba

O poder judiciário do futuro 434

Oséias Pereira Silva

Carolina Merida

Deficiências estruturais do poder judiciário e os desafios à efetividade dos direitos fundamentais no Brasil 443

Clayton Santos do Couto

Inteligência artificial e discriminação algorítmica 451

Tales Schmidke Barbosa

Globalização: um estímulo ou um obstáculo à “pobreza absoluta” 458

Francisco José Brandão Gonçalves Vieitas Lima

Processo eletrônico nos tribunais brasileiros e os desafios quanto à proteção de dados 466

Danna Catharina Mascarello Luciani

Juliana Horn Machado Philippi

A renda básica de cidadania como instituto efetivador da redução da desigualdade 475

Sonilde Kugel Lazzarin

Helena Kugel Lazzarin

Uso das epistemologias feministas no ensino jurídico: um caminho para a realização da justiça 484

Camila Franco Henriques

Os desafios da administração pública na proteção de dados pessoais 493

Thaís de Souza Corrêa Netto

A discriminação algorítmica na inteligência artificial 501

Cláudio Teixeira Damilano

A correlação dos contratos digitais com a indústria fordista 509

Murilo Estrela Mendes

Juliana Palma Zarelli

O compliance aplicado à adequação dos contratos de trabalho às perspectivas Da Lei Geral de Proteção De Dados 517

Lucélia Bastos Gonçalves Marcondes

Miriam Olivia Knopik Ferraz

Uma análise sobre o fenômeno da alienação humana e seus impactos nos direitos humanos sob a ótica de Hanna Arendt e Zygmunt Bauman 526

Caroline Emmerich Gomes Leal de Moura

Thalita Brunelli de Paulo

A tecnologia no ambiente laboral: Direito à desconexão do trabalhador 533

Daniella Silva de Souza

Rafaella Silva de Souza

Direito fundamental à proteção de dados à luz da Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988 538

Raphael Rodrigues Valença de Oliveira

A teoria do etiquetamento social e a exclusão social 546

Angelita Woltman

Franciéle Feliciani Taschetto

A ratificação da segurança jurídica das provas armazenadas em blockchain 552

Guilherme Prado Bohac de Haro

O princípio da autonomia privada da vontade à luz de sua valoração durante o tempo 562

José Augusto de Moraes Pereira

Valquiria Valeria Nunes Lourenço de Oliveira

A necessária atualização do ensino jurídico 571

Fabrizio Bon Vecchio

Leandro Villela Cezimbra

As tendências internacionais atuais da tributação das sociedades - a tributação das sociedades na forma do imposto sobre o lucro distribuído: o caso da estónia 576

Liliana Pereira

Volodymyr Popyk

Lavagem de dinheiro e comportamento organizacional em contexto de anomia 585

Rômulo Pinto de Lacerda Santana

As contribuições do novo constitucionalismo latino-americano para a reflexão das políticas de direito internacional ambiental 595

Walter Gustavo da Silva Lemos

A gig economy, a governança pelos números e a fragmentação do coletivo trabalhista 604

Ana Maria Maximiliano

O teletrabalho na administração pública portuguesa: tópicos para uma revisão do regime jurídico 613

Mário Simões Barata

Vulnerabilidade, coculpabilidade e compreensão equitativa do delito 622

Allana Campos Marques Schrappe

Stanlei Ernesto Prause Fontana

Os algoritmos no ambiente de trabalho 631

Vanessa Ferreira de Almeida

Law and constitutional power on constitutional justice for the development of human rights 640

Marco Ribeiro Henriques

Un acercamiento a la noción de ciudadanía digital europea 650

Victoria Alzina Lozano

Comparative constitutional justice towards a contemporary interpretation of human rights 658

Marco Ribeiro Henriques

Digital Inheritance: Key Issues and Doubts. The Challenges of Succession Law in the Face of New Technologies 671

Mariusz Załucki

Use of new technologies in the justice system in Poland 685

Beata Stępień-Załucka

Net-ativismo: redes online de colaboração para uma nova soberania

Net-activism: online collaboration networks for a new sovereignty

Helíssia Coimbra de Souza¹

Sumário: 1. A crise do regime político e o governo aberto contemporâneo; 2. Os alicerces do net-ativismo e perspectivas futuras; 3. O net-ativismo como estratégia inovadora para solução de conflitos; 4. Considerações finais.

Resumo: O presente artigo traz a temática propulsora na contemporaneidade quanto a democracia digital, sendo o net-ativismo observado como um modelo estratégico, inovador e sustentável para a resolução de conflitos envolvendo direitos fundamentais e a concretização destes por meio de políticas públicas. As bases metodológicas estão centradas na bibliografia e visão sistemática da questão central, sendo as pontuações inerentes ao net-ativismo estabelecidas de modo a aclarar os diferenciais das atuações democráticas nos espaços do meio ambiente de virtual, em comparação com os manifestos sociais de rua, demonstrando os impactos das redes digitais colaborativas nos contextos administrativos, culminando para o elevo do governo aberto e integrado as novas possibilidades de construção da cidadania. O tom crítico e reflexivo permeia o artigo, tendo como alvo firmar que o humanismo atuando nas novas tecnologias é um processo sem precedentes, e quando envolve bases sensíveis de gerenciamento público, deve-se primar pela harmonização dos interesses e máxima sintonia relacional entre usuários e atores administrativos, todos conectados para o ânimo de Constituição, fortalecimento da política, atingindo o Estado que se desenvolverá cotidianamente para impulsionar a identidade e pertencimento de seus cidadãos. Reconhecendo a profundidade e crescimento atual do tema, salienta-se o tripé que fomenta as ações de net-ativismo, estando reafirmado ao longo de toda exposição textual no artigo, sendo este: acesso a informação, transparência governamental, sempre com pensar na inovação que marca a sociedade contemporânea e o Estado do futuro.

Palavras-chave: Net-ativismo; Democracia; Governo aberto.

Abstract: This article brings the driving theme of digital democracy to the contemporary world, with net activism being observed as a strategic, innovative and sustainable model for the resolution of conflicts involving fundamental rights and the realization of these rights through public policies. The methodological bases are centered in the bibliography and systematic vision of the central issue, being the scores inherent to net activism established in order to clarify the differentials of the democratic actions in the spaces of the virtual environment, in comparison with the social manifestos of the street, demonstrating the impacts of collaborative digital networks in the administrative contexts, culminating for the elevation of the open government and integrated the new possibilities of construction of citizenship. The critical and reflexive tone permeates the article, aiming at establishing that humanism acting in new technologies is an unprecedented process, and when it involves sensitive bases of public management, it should be prioritized by the harmonization of interests and maximum relational harmony between users and administrative actors, all connected to the spirit of the Constitution, strengthening of politics, reaching the State that will develop daily to boost the identity and belonging of its citizens. Recognizing the depth and current growth of the theme, we highlight the tripod that fosters actions of net activism, being reaffirmed throughout the textual exposure in the article, being this: access to information, government transparency, always thinking about the innovation that marks contemporary society and the State of the future.

Keywords: Net activism; Democracy; Open government.

¹ Bacharela em Direito pelo Centro-universitário Fibra. Pós-graduada lato sensu em Direito Digital pela Faculdade Complexo de Estudos Renato Saraiva. Mestranda pelo Programa de Pós-graduação em Direitos Fundamentais ofertado pela Universidade da Amazônia vinculada ao Grupo Ser. Pesquisadora em Inteligência Artificial e Direitos Fundamentais pela Liga Acadêmica de Direito do Estado em parceria com o Centro-universitário do Estado do Pará. E-mail: helissiac Coimbra@gmail.com

1. A crise do regime político e o governo aberto contemporâneo

Os estágios perpassados pelo Brasil, desde os interesses provincianos voltados a colônia, posteriormente com o regime ditatorial, culminando nos movimentos entoando as eleições diretas e participações ativas na regência da máquina pública, firmaram a democracia como regência propositiva. A Constituição Federal de 1988 já fora um marco para as organizações sociais de rua, sendo a propulsora para que comunidades seguissem lutando pelas afirmações das suas identidades, aclarando cenários inibidos ou distorcidos pelas mídias através dos grupos formalmente estabelecidos, ou mesmo reuniões massificadas que interferiam em novos olhares e práticas mais abrangentes a pluralidade sociocultural do Brasil. A crise atual do regime político, somada esta ao enfraquecimento institucional administrativo, vem levando as comunidades a repensar o ânimo de Constituição, promovendo os pilares da gestão pública a partir da governança aberta, qual seja, um modelo que não retire o poder exclusivo das autoridades, como é próprio da democracia, mas permita que o poder seja compartilhando em todos os âmbitos e níveis onde possa haver engajamento social.

A governança aberta legitima as possibilidades de organização coletiva que marcam o regime democrático de direito, contudo, não está limitada a estes. O tripé de governo aberto está caracterizado pela lei de acesso à informação, possibilitando esta que a sociedade se articule a partir de dados em linguagem clara e ampla, seguido do pilar envolto a transparência, esta marcada pela sintonia relacional com máxima simetria entre líderes e liderados, e formando o último esteio, tem-se a inovação que integra atos em meios físicos e digitais, podendo harmonizar, em muitos casos, as inteligências artificiais otimizadoras e lógicas com o humanismo sensível e interpretativo as singularidades existentes. O governo aberto torna-se efetivo e sustentável por garantir o Estado na concepção contemporânea em que todos são responsáveis pelo gerenciamento, sendo o afirmar da identidade pessoal com o pertencimento local que impulsionam os atos de cidadania.

As referências de autoridades que lideravam movimentos de rua e influenciavam na administração da máquina pública, com a incapacidade humana de tolerar as múltiplas concepções de vida que os processos de globalização trouxeram a evidência, acabaram por dar margem a figuras autoritárias que estimulavam atos de força e confronto nos sítios urbanos. As causas pré-estabelecidas por agrupamentos que enxergavam, partindo da suas realidades, novos vieses para elevar direitos fundamentais que estavam sem o alcance devido, com o tom de violência e anonimato das comunidades que cresciam e se infiltraram nos protestos físicos, culminou na descaracterização da democracia genuinamente participativa, firmando o Brasil como um país imperante em “fraca governabilidade e elevada revolta social, onde grandes interferências nas mobilizações não objetivam os direitos fundamentais, mas buscam através de linguagens e atos de ordem fazer valer interesses escusos ao bem comum.” (BUCCI, 2016).

O enfraquecimento das instituições públicas em decorrência da não representatividade forte e constante relacionada a presidência e atores administrativos

conexos, com o passar dos anos levantou questionamentos sociais sobre a democracia enquanto regência selecionada para o Brasil. As incoerências entre as bases constitucionais e os cenários práticos ensejavam mudanças na postura da população em relação ao Estado, transpondo, da política passiva marcada pela doação de benefícios para comunidades, as trocas cidadãos entre a população e os gestores administrativos. A pontuação acordada externava que, a relação dar e receber desestimula o real desenvolvimento, sendo apenas efetiva para o cumprimento dos direitos inerentes as políticas públicas de assistência que o Estado embasa segundo a Constituição Federal de 1988. A não participação ativa no acompanhamento da gestão administrativa, tanto em bases preventivas como na propositura de medidas que solucionem situações desafiadoras, tornou-se de importância sem precedentes para evitar uma crise aberta que se agravasse para o estágio de guerra civil, assim, o modelo de gestão participativa que fora concebido pela maior simetria relacional entre administração pública e atores administrativos, na atualidade estrutura-se enquanto governança aberta, sendo um amplo e futurista modelo de Estado.

2. Os alicerces do net-ativismo e perspectivas futuras

A história da humanidade apresenta marcos envoltos a revoluções político-administrativas, os anseios sociais em contrariedade aos manejos de gestão pública originam a formação de movimentos organizados para viabilizar formas inovadoras de concretização dos direitos fundamentais, culminando em políticas públicas que são expostas e interpretadas de modo proporcional as realidades vivenciadas nas comunidades. O dinamismo além-fronteiras das redes sociais e plataformas desenvolvidas especialmente para o elevo cibernético da democracia, apresentam nos movimentos ideais direcionados ao objetivo maior da revolução constitucional a partir da governança aberta, logo, não existem contrariedades ao regime que impera no estado brasileiro de direito, apenas considera-se necessário transpor a condição de usuários para cidadãos digitais, onde as plataformas ampliam as possibilidades de participação ativa e mediada pelo engajamento conjunto a administração pública da governança conectiva.

A pluralidade histórico-cultural observada no Brasil sofre interferência pelas indústrias midiáticas, que em sua maioria estão sob o comando de grandes grupos, logo, as questões levantadas durante a grade de programação comumente não estão abertas as reais necessidades da população, sendo os conteúdos e formatação dos programas adequados aos interesses dos envolvidos com a direção destas indústrias. As mídias digitais são observadas como propulsoras para o real engajamento das comunidades com as autoridades administrativas, haja vista a interação sofrer interferências mínimas, sendo o objetivo intrínseco de regular os espaços em rede e garantir a seguridade dos envolvidos, não abarcando quaisquer interesses que contrariem o ânimo constitucional para o direitos fundamentais e políticas públicas. O processo das ações também pode ocorrer pela internet, sendo as conexões em constância que fundem o meio físico com o digital facilitadoras da “evolução administrativa que distribui a justiça com maior efetividade e proporção aos interesses

das partes, observando os casos que apresentam real necessidade de judicialização, separando aqueles com demandas pontualmente resolúveis.” (COUTINHO, 2013).

As oportunidades de tornar os serviços públicos mais acessíveis e funcionais as reais necessidades da população estão sendo propulsores da governança aberta as múltiplas tecnologias, sendo a sincronia relacional um meio para otimizar as desigualdades históricas, propiciando que os direitos humanos a alteridade e identidade sejam firmados em todos os meios de convivência. As redes virtuais de colaboração expandiram o direito a diferença, firmando que todos os indivíduos que estivessem em rede poderiam posicionar-se a partir das suas realidades, encontrando usuários em comum para divulgação da existência de comunidades e projeção de estratégias que direcionassem o agir administrativo dos gestores públicos. O ânimo em torno da Constituição eleva o regime democrático a concretização do pacto federativo, que não anula as singularidades regionais, mas estabelece prioridades orçamentárias e de planejamento em políticas públicas para melhor bem-servir a uniformização dos ditames legais com as viabilidades observadas na prática cotidiana.

Os atores administrativos, na perspectiva futura de integração das realidades física e digital sem precedentes, obtêm a mensuração de quais áreas apresentam maior demanda, os projetos a serem realizados, além da inovação interativa que permite compartilhar informações sobre todas as etapas das obras, sendo cada observância administrativa externada com a possibilidade de críticas e intervenções positivas da própria sociedade conectada. Os organismos públicos enquanto plataforma de serviços já estão estabelecidos segundo os ditames do Governo Digital que perdurará de 2020 a 2022, e tal funcionalismo inovador da administração pública revela-se de extrema importância nos anos em que o ativismo cibernético apresenta expansão com notoriedade social, necessitando apenas de bases regulatórias com visão sistêmica e transfronteiriça para acompanhar a intensidade cibernética, buscando o desenvolvimento de plataformas adequadas para solução de eventuais conflitos, de modo a inibir um colapso de grupos opositores que poderia ensejar na terceira guerra mundial cibernética.

3. O net-ativismo como estratégia inovadora para solução de conflitos

O ânimo palpitante da sociedade para com a renovação das bases constitucionais firma o início de uma nova era para as atuações administrativas, sendo os organismos observados para além da prestação de serviços e concretização das políticas públicas, atuando enquanto mediadores das relações dos cidadãos com o Estado, bem como, reforçando os pilares da governança aberta, quais sejam, o acesso a informação, inovação para a era tecnológica e otimização dos custos. O entendimento da importância de estimular a participação social e atuar na concretização e revisão dos direitos fundamentais por meio de políticas públicas demonstra o senso comum quanto a pacificação das relações ocorrer de modo sustentável e próspero através do uso estratégico das formas adequadas de prevenção e resolução de conflitos. As plataformas digitais tornaram-se o grande alvo dos organismos públicos, haja vista as possibilidades de acompanhar os movimentos de ativismo, andamento da

prestação de serviços públicos, além do manejo de espaços no sítio de cada órgão ou ambientação específica contratada para possibilitar, na conformidade dos princípios da eficiência e moralidade, o alcance dos resultados de mediação e conciliação que rompem hostilidades em prol de um interesse comum de maior valor.

O net-ativismo, pela natureza principiológica que fundamenta as atuações em rede, promove aos usuários oportunidades valorosas de pacificação das relações entre pares e com a administração. Os ideais renovados frente ao modelo democrático estatal, aliada a cultura política que passa por transição para a governança aberta e inovadora, tornam possíveis colaborações mais diretas e simétricas entre gestores públicos e sociedade, sendo alcançado, nos casos cujo engajamento transpõe as fronteiras do país, auxílio transnacional quanto as possibilidades de internalização das medidas adotadas com êxito em outras nações, além dos recursos que podem ser viabilizados pelo estabelecimento do solidarismo entre administradores públicos que integram seus orçamentos para a concretização de bens comuns. A visão inerente ao direito internacional contemporâneo que concebe os países formando uma grandiosa casa propicia o entendimento da necessidade de transposição das carências locais de um país através do engrandecimento relacional com outro Estado-nação que já apresenta desenvoltura na área, observando apenas a cautela na mediação entre os usuários além-fronteiras para que as autoridades nacionais estabeleçam o que pode ser internalizado sem gerar danos as bases formalmente estabelecidas no cenário jurídico.

As plataformas criadas para o desenvolvimento da conciliação, mediação, negociação e arbitragem são essenciais para a cultura de net-ativismo vivenciada na contemporaneidade, haja vista que não há como falar em políticas fortes sem o impulsionamento da democracia, e a base deste regime de estado está calcado na “arquitetura de uma cultura para além da tolerância, que aceita mas impõe condicionantes, promovendo uma cidadania de integração onde todos podem crescer conjuntamente e através das singularidades.” (DROIT, 2017). As movimentações online de ativismo rompem as barreiras e promovem visibilidade para temas regionais que passam a ser discutido por diferentes linhas, salientando a importância da presença em rede dos atores jurídico-administrativos quanto a capacidade de monitoramento para evitar colapsos virtuais, além das habilidades ativadas pela intensidade das tecnologias visando a captação dos anseios sociais, culminando nas situações mais diminutas para resolução dos casos sem necessidade de deslocamento e todos os trâmites físicos que são de maior custo a administração e seus usuários.

As oportunidades geradas de transformação da realidade, que no atual cenário reflete uma crise democrática consequente do enfraquecimento das instituições, com as redes de colaboração conectadas em multiplataformas vem a possibilidade do ânimo de Constituição para as reformas necessárias estar integrado em âmbito digital e físico. As ocorrências nos debates e tomadas de decisão por meio de ativismos cibernéticos precisam refletir na concretude das novas bases legais e políticas públicas para serem validados. Na complexidade da transmutação contemporânea refletida nos processos sociais, intensificado estes movimentos pelas demandas levadas a administração pública, tem-se que as plataformas de elevo das estratégias adequadas para solucionar os conflitos são as grandes propulsoras do fim maior do

net-ativismo, tendo como alicerces práticos a concretização dos direitos fundamentais em políticas públicas, mas os atos de gestão finalizados com a máxima satisfação das partes envolvidas, que em sequência trará renovo na sintonia relacional com os atores administrativos e participação ativa na sustentabilidade dos atos de cidadania já estruturados.

4. Considerações Finais

O advento da globalização, com especial incisão para a era das múltiplas tecnologias e inteligências, promove reformulações quanto ao entendimento do regime democrático de direito. As conexões integradas em âmbito físico e digital impulsionaram a tutela dos espaços cibernéticos como um novo meio ambiente, e este não está restrito às atuações dos usuários que o compõem, sendo notável o crescimento de atores administrativos que elevam serviços públicos e oportunidades de participação popular na governança conectada às inovações. O Brasil, com atenção diferenciada pelo histórico contrastante que apresenta, busca na expansividade própria da rede de computadores alcançar a integração entre cidadãos que apresentavam desafios para exercer a função existente nos espaços públicos, haja vista a dimensão territorial e as imposições de indústrias midiáticas que afastavam os bens e valores trazidos pelas comunidades tidas como as minorias sociais.

O Estado do futuro tem a missão transfronteiriça de promoção da governança aberta para a mensuração administrativa dos reais anseios da coletividade, sendo estes direcionados para os bens e valores estabelecidos nos ordenamentos legais internos, assim como, mediante a sintonia relacional entre líderes e administrados, estabelecer melhores prioridades frente às capacidades orçamentárias anuais. A visão internacional advinda dos processos de integração globalizada e tecnológica não tem como propósito tornar diminuta a soberania interna de cada país, mas fomentar a contribuição através da democracia conectada e além-fronteiras do direito universal a identidade e alteridade de cada ser, culminando na formação de uma grande casa comum, onde cada nação terá sua singularidade preservada, mas as hostilidades locais rompidas em prol dos bens comuns que foram acordados.

O net-ativismo vem tornando-se o ápice da governança aberta, haja vista o tripé marcado pelo acesso à informação, direito de inclusão e engajamento nas inovações, bem como, as estratégias administrativas firmadas com máxima transparência frente à sinergia relacional entre gestores e sociedade, servir de alicerce para o desenvolvimento das plataformas de democracia cibernética. As redes sociais, inicialmente tidas como sítios virtuais para interação entre conhecidos, com a visão das comunidades para a expansão que os relacionamentos virtuais geram, tornam-se espaços notórios para a criação de grupos de interesse e mobilização estratégica por meio das palavras e simbologia próprias das redes. A contemporaneidade disruptiva permite que o firmamento da democracia enquanto regência brasileira para o Estado de direito seja expandida além-fronteiras, culminando os atos como apoio às nações que ainda vivem sob regime de opressão, além das possibilidades geradas de otimização das demandas sociais internas pelas redes, comunicando

aos atores administrativos quanto as carências envolvidas aos direitos fundamentais, e conjuntamente com as lideranças, utilizando-se das plataformas disponíveis para a proposição e acompanhamento das políticas públicas, tornando o gerenciamento do Estado mais efetivo, cidadão e sustentável.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BUCCI, Eugênio. A forma bruta dos protestos: das manifestações de junho de 2013 à queda de Dilma Rouseff em 2016. 1ª ed. São Paulo: Companhia das letras, 2016.

Constituição da República Federativa do Brasil, de 05.10.1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>.

COUTINHO, Diogo. Direito, desigualdade e desenvolvimento. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10.12.1948. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>>.

DROIT, Roger. Tolerância. 1ª ed. São Paulo: Contexto, 2017.

Política Nacional de Governo Aberto e Comitê Interministerial de Governo Aberto, de 09.12.2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D10160.htm>.

A evolução da dedutibilidade dos gastos fiscais em sede de imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas

The evolution of deductibility of tax costs at tax on income of collective persons

Maria Helena Pilroto Rodrigues¹

Patrícia Anjos Azevedo²

Sumário: 1. Introdução; 2. Noção de gasto fiscal; 3. Os encargos dedutíveis; 4. Os encargos não dedutíveis; 5. Requisitos da dedutibilidade fiscal dos gastos; 5.1 A comprovação dos gastos; 5.2 A prova documental; 5.3 O ónus da prova dos gastos realizados; 5.4 O critério da indispensabilidade; 5.5 A conexão entre gastos e rendimentos; 5.6 A efetividade dos gastos; 5.7 A contabilização de gastos reais e efetivos e o seu controlo pela Administração Tributária; 6. Considerações finais.

Resumo: O presente contributo retrata uma exposição da temática da evolução da dedutibilidade dos gastos fiscais em sede de Imposto Sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas, procurando apresentar uma noção clara do conceito de gasto fiscal, consagrado no artigo 23.º do Código do Imposto sobre o Rendimento de Pessoas Coletivas português (CIRC). Para o efeito, apresentamos uma abordagem sobre os encargos não dedutíveis e dedutíveis previstos nos artigos 23.º-A e 34.º do CIRC e, por fim, explicamos os requisitos imprescindíveis à dedutibilidade fiscal dos gastos. Para efeitos de determinação do IRC, no ordenamento jurídico-fiscal português, tem-se por base a contabilidade, aplicando-se as correções previstas no CIRC. Ora, algumas dessas correções encontram-se relacionadas com os gastos considerados dedutíveis para efeitos fiscais, que nem sempre coincidem com os reconhecidos na contabilidade. De notar que esta matéria se encontra em constante evolução, pelo menos desde a reforma fiscal de 2014, que veio adaptar o CIRC ao Sistema de Normalização Contabilística. Verifica-se que não existe uma definição clara e objetiva, na lei fiscal portuguesa, de gasto fiscal, uma vez que sempre que se aborda a noção de gasto fiscal, a mesma nunca é concreta, sendo ainda que, por vezes, devido a esta falta de clareza, a Autoridade Tributária e Aduaneira e os Tribunais possuem um papel importante, no sentido de esclarecer este conceito. Também é possível depreender que a totalidade dos encargos de natureza fiscal e parafiscal não são aceites fiscalmente. Conclui-se, ainda, que as empresas devem cumprir sete requisitos para verem os seus gastos fiscalmente aceites.

Palavras-chave: gastos fiscais; dedutibilidade; administração tributária; abuso fiscal; lucro tributável.

Abstract: The present contribution portrays an exposition of the topic of the evolution of tax cost deductibility under the Corporate Income Tax, seeking to present a clear notion of the concept of tax expenditure, enshrined in article 23.º of the Personal Income Tax Code. Portuguese collectives (CIRC). For this purpose, we present an approach on the non-deductible and deductible charges provided for in articles 23.º-A and 34.º of the CIRC and, finally, we explain the essential requirements for the tax deductibility of expenses. For the purposes of determining the IRC, in the Portuguese legal-tax system, accounting is based, applying the corrections provided for in the CIRC. However, some of these corrections are related to expenses considered deductible for tax purposes, which do not always coincide with those recognized in accounting. It should be noted that this matter is constantly evolving, at least since the 2014 fiscal reform, which came to adapt the CIRC to the Accounting Standardization System. It appears that there is no clear and objective definition, in Portuguese tax law, of fiscal expenditure, since whenever the notion of fiscal expenditure is addressed, it is never concrete, although sometimes, due to this lack of clarity, the Tax and Customs Authority and the Courts have an important role in clarifying this concept. It is also possible to conclude that all charges of a fiscal and parafiscal nature are not accepted for tax purposes. It is also concluded that companies must comply with seven requirements to see their expenses accepted for tax purposes.

Keywords: tax costs; deductibility; tax administration; tax abuse; taxable profit.

1 Mestre em Gestão de Empresas pelo Instituto Universitário da Maia no Porto, Portugal. Contabilista Certificada pela Ordem dos Contabilistas Certificados no Porto, Portugal. E-mail: m-helena-rodrigues@sapo.pt.

2 Doutora em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Portugal. Professora Adjunta Convidada na Escola Superior de Tecnologia e Gestão do Politécnico do Porto, Portugal. E-mail: patricia_anjos_azevedo86@hotmail.com.

1. Introdução

Para efeitos de determinação do Imposto Sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas (IRC), no ordenamento jurídico-fiscal português, tem-se por base a contabilidade, aplicando-se as correções previstas no Código do Imposto Sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas português (CIRC). Ora, algumas dessas correções encontram-se relacionadas com os gastos considerados dedutíveis para efeitos fiscais, que nem sempre coincidem com os reconhecidos na contabilidade. Esta matéria encontra-se em constante evolução, pelo menos desde a reforma fiscal de 2014, que veio adaptar o CIRC ao Sistema de Normalização Contabilística. O presente contributo retrata uma exposição da evolução da temática da dedutibilidade dos gastos fiscais em sede de IRC.

2. Noção de gasto fiscal

Apesar de não existir uma noção expressa de gasto fiscal no artigo 23.º do CIRC³, no nº1 encontra-se presente um conceito alargado de gastos ou perdas; no nº2 encontramos uma lista de diversos encargos que poderão ser aceites como gastos fiscais⁴. No artigo 23.º do CIRC, as palavras gastos⁵ e rendimentos⁶ são referenciadas sem ser abordada a sua definição. Assim sendo, é de salientar que existe uma interligação entre estas duas conceções, estando esta relacionada com a reflexão existente dos gastos, nos rendimentos, sempre que uma empresa tem de ter gastos para obter ganhos⁷. Ora, e visto que não existe uma definição objetiva de custo, o papel da Autoridade Tributária e Aduaneira (AT) e dos Tribunais é muito importante, designadamente no esclarecimento dos conceitos e da revisão de certos gastos fiscais, com vista a corrigir matéria coletável encontrada na contabilidade, de acordo com a lei fiscal⁸. A noção fiscal de gasto relaciona a atividade da empresa com as suas necessidades, fazendo com que se crie uma ligação concreta entre as despesas que ocorrem e a atividade da empresa. O objetivo trata-se de diferenciar os gastos que podem ser aceites para fins fiscais, logo, que influenciam o cálculo do

3 Para a anotação ao CIRC, designadamente às principais disposições legais aqui referenciadas, cfr. AA.VV, “Rendimento - Tributação e Incentivos: IRS-IRC-EBF-CFI”, Lexit / O Informador Fiscal, 2019.

4 Cfr. TEIXEIRA, Susana Patrícia Cardoso dos Santos Costa. A Indispensabilidade dos Custos do art. 23º do CIRC: análise da Doutrina e Jurisprudência, Dissertação de Mestrado, Universidade Católica Portuguesa. 2015. Disponível online em:

<https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/18664/1/disserta%C3%A7%C3%A3o%20de%20mestrado%20-%20do%20fiscal%20-%20susana.pdf>.

5 Anteriormente à reforma de 2014, o CIRC referia-se a custos, em vez de gastos.

6 Anteriormente à reforma de 2014, o CIRC referia-se a proveitos, em vez de ganhos.

7 Neste sentido, veja-se AMORIM, José de Campos. A Dedutibilidade dos Gastos em sede de IRC - Considerações Gerais, in Revista Portuguesa de Contabilidade, nº11, 3º trimestre de 2013. Disponível online em: <https://rpc.informador.pt/artigos/E161.0106/A-Dedutibilidade-dos-Gastos-em-sede-de-IRC-Consideracoes-Gerais>.

8 Cfr. TEIXEIRA, Susana Patrícia Cardoso dos Santos Costa. A Indispensabilidade dos Custos do art. 23º do CIRC: análise da Doutrina e Jurisprudência, Dissertação de Mestrado, Universidade Católica Portuguesa. 2015. Disponível online em: <https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/18664/1/disserta%C3%A7%C3%A3o%20de%20mestrado%20-%20do%20fiscal%20-%20susana.pdf>.

lucro tributável e os que não podem ser aceites para tal efeito⁹.

3. Os encargos dedutíveis

De uma maneira geral, todos os encargos que permitem uma redução do lucro tributável são considerados gastos dedutíveis¹⁰. Assim sendo, só na presença de documentos que justificam as despesas presentes na contabilidade da empresa e a ligação entre os encargos e a prática desenvolvida por esta proporcionam a dedução destes fiscalmente. Podem também ser admissíveis os encargos não devidamente justificados desde que se prove por outros meios a efetividade dos mesmos à atividade societária. Em concordância com a doutrina de José de Campos Amorim¹¹, podemos referir que o impedimento de ocorrências ao abuso fiscal ou de distribuição dissimulada dos lucros a favor de terceiros apresentam um limite à dedutibilidade dos gastos. Logo, a lei estabelece uma lista de gastos dedutíveis, no sentido de estabelecer limites quanto às reduções menos corretas de impostos e outras ocorrências de abuso.

Segundo o artigo 23.º, nº 2 do CIRC, só são considerados gastos ou perdas os que comprovadamente forem indispensáveis para a realização dos rendimentos ou ganhos sujeitos a imposto ou para a manutenção da fonte produtora, nomeadamente os que se encontram aí referidos, a título de enumeração exemplificativa. Em suma, é necessário que os gastos estejam em concordância com a atividade da empresa e que as normas, sejam elas fiscais ou contabilísticas, sejam claras e verdadeiras no sentido de o sujeito passivo não ter problemas com as medidas adotadas por ele como consequência de más práticas, evasão fiscal, e acima de tudo não elaborem um desrespeito da norma da tributação do lucro real¹².

4. Os encargos não dedutíveis

Nem todos os gastos podem ser deduzidos fiscalmente, independentemente de estarem registados na contabilidade como gastos do exercício, nem todos os gastos tem direito a serem acrescentados ao lucro tributável da empresa¹³. De

9 TEIXEIRA, Susana Patrícia Cardoso dos Santos Costa. A Indispensabilidade dos Custos do art. 23º do CIRC: análise da Doutrina e Jurisprudência, Dissertação de Mestrado, Universidade Católica Portuguesa. 2015. Disponível online em:

<https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/18664/1/disserta%C3%A7%C3%A3o%20de%20mestrado%20-%20do%20fiscal%20-%20susana.pdf>.

10 Neste sentido, veja-se DIAS, Joana Catarina de Jesus Dias. Os gastos contabilísticos e a sua dedutibilidade em Portugal e Espanha, Dissertação de Mestrado, Universidade de Aveiro. 2009. Disponível online em: <https://ria.ua.pt/bitstream/10773/4319/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o.pdf>.

11 AMORIM, José de Campos. A Dedutibilidade dos Gastos em sede de IRC - Considerações Gerais, in Revista Portuguesa de Contabilidade, nº11, 3º trimestre de 2013. Disponível online em: <https://rpc.informador.pt/artigos/E161.0106/A-Dedutibilidade-dos-Gastos-em-sede-de-IRC-Consideracoes-Gerais>.

12 Cfr. AMORIM, José de Campos. A Dedutibilidade dos Gastos em sede de IRC - Considerações Gerais, in Revista Portuguesa de Contabilidade, nº11, 3º trimestre de 2013. Disponível online em: <https://rpc.informador.pt/artigos/E161.0106/A-Dedutibilidade-dos-Gastos-em-sede-de-IRC-Consideracoes-Gerais>.

13 Para maiores desenvolvimentos, cfr. AMORIM, José de Campos. A Dedutibilidade dos Gastos em sede de IRC - Considerações Gerais, in Revista Portuguesa de Contabilidade, nº11, 3º trimestre de 2013. Disponível online em: <https://rpc.informador.pt/artigos/E161.0106/A-Dedutibilidade-dos-Gastos-em-sede-de-IRC-Consideracoes-Gerais>.

acordo com Joana Dias¹⁴, ocorrem situações pontuais de não redução de algumas despesas ao lucro fiscal. Nestas situações estamos na presença de gastos não dedutíveis, independentemente de estes se encontrarem registados na contabilidade. Neste contexto, e nas palavras da autora anteriormente referida, é absolutamente indispensável que se encontrem apurados dois requisitos essenciais: “a existência de disposição legal que torne imperativa a sua não-aceitação e uma específica e especial motivação intrínseca”. Neste contexto, só na existência de estas duas condições e não esquecermos que só os gastos que se confirmem imprescindíveis para a aquisição dos ganhos ou preservação da fonte produtora é que são dedutíveis. Deste modo, só se põem em prática o princípio da ligação entre os gastos suportados no âmbito da atividade desenvolvida e o princípio da tributação pelo lucro real. Assim sendo, só na combinação dos dois requisitos, é que certas ocorrências têm direito a ser dedutíveis na esfera do Direito Comercial, acabando por deixar de ser na área do Direito Fiscal¹⁵.

O artigo 23.º - A do CIRC contém uma lista dos gastos que não podem ser admitidos para a determinação do lucro tributável, ainda que se encontrem reconhecidos (registados) na contabilidade da empresa. Tal acontece porque os gastos em causa são casos complicados; e, caso não existisse uma restrição dos mesmos, acabariam por ser aceites independentemente da sua correlação com a atividade da empresa, com o propósito de fazer com que o lucro tributável fosse diminuído e assim sendo existisse uma redução da carga tributária¹⁶. Ao contrário do que foi redigido anteriormente, na alínea f) do n.º 1 do artigo 23.º do CIRC refere-se que não são aceites como encargos dedutíveis a totalidade dos encargos de natureza fiscal e parafiscal. Deste modo, existe um conjunto de encargos não dedutíveis para efeitos fiscais, independentemente de a empresa ter suportado verdadeiramente este gasto e estar registado na contabilidade¹⁷. Exemplo disso é a alínea a) do artigo 23.º - A, que se refere aos impostos sobre os lucros.

Conforme a doutrina de José de Campos Amorim¹⁸, o imposto que tem incidência sobre o lucro tributável não pode ser visto como um custo do respetivo lucro tributável. Isto porque, a existência do imposto só é real depois de descobrir se há ou não lucro logo, não é possível representar um custo do respetivo rendimento, pois o preço do imposto não é fundamental para a concretização dos rendimentos e só se manifesta após a apuração do lucro tributável. Ainda na alínea a), do referido artigo, a derrama e

14 DIAS, Joana Catarina de Jesus Dias. Os gastos contabilísticos e a sua dedutibilidade em Portugal e Espanha, Dissertação de Mestrado, Universidade de Aveiro. 2009. Disponível online em: <https://ria.ua.pt/bitstream/10773/4319/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o.pdf>.

15 Cfr. DIAS, Joana Catarina de Jesus Dias. Os gastos contabilísticos e a sua dedutibilidade em Portugal e Espanha, Dissertação de Mestrado, Universidade de Aveiro. 2009. Disponível online em: <https://ria.ua.pt/bitstream/10773/4319/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o.pdf>.

16 Para maiores desenvolvimentos, cfr. DIAS, Joana Catarina de Jesus Dias. Os gastos contabilísticos e a sua dedutibilidade em Portugal e Espanha, Dissertação de Mestrado, Universidade de Aveiro. 2009. Disponível online em: <https://ria.ua.pt/bitstream/10773/4319/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o.pdf>.

17 AMORIM, José de Campos. A Dedutibilidade dos Gastos em sede de IRC - Considerações Gerais, in Revista Portuguesa de Contabilidade, n.º 11, 3.º trimestre de 2013. Disponível online em: <https://rpc.informador.pt/artigos/E161.0106/A-Dedutibilidade-dos-Gastos-em-sede-de-IRC-Consideracoes-Gerais>.

18 AMORIM, José de Campos. A Dedutibilidade dos Gastos em sede de IRC - Considerações Gerais, in Revista Portuguesa de Contabilidade, n.º 11, 3.º trimestre de 2013. Disponível online em: <https://rpc.informador.pt/artigos/E161.0106/A-Dedutibilidade-dos-Gastos-em-sede-de-IRC-Consideracoes-Gerais>.

o pagamento especial por conta são mais dois exemplos de encargos não dedutíveis uma vez que são impostos que incidem sobre o rendimento. Ainda neste contexto, e segundo José de Campos Amorim¹⁹, a existência destes limites tem como objetivo conservar e dar coerência ao sistema fiscal e assim tentar conter que se retraia alguns benefícios de ocorrências de evasão e fraude fiscais.

5. Requisitos da Dedutibilidade Fiscal dos Gastos

5.1 A Comprovação dos Gastos

Este ponto encontra-se relacionado com a necessidade de confirmação dos gastos efetuados. Deste modo, só se o contribuinte comprovar a natureza dos seus gastos é que estes são aceites fiscalmente. Nas palavras de José de Campos Amorim²⁰, “a prova exigida no artigo 23.º do CIRC é a prova da efetiva realização dos factos constitutivos dos encargos; prova que consiste nas variáveis formas de apoio escritural aos lançamentos contabilísticos dos custos”. Assim sendo, os gastos têm de estar corretamente organizados e preservados de acordo com o prazo legal estabelecido na lei. Em concordância com a doutrina de José de Campos Amorim²¹, podemos afirmar que os gastos a que as empresas estão sujeitas devem transpor a situação concreta da empresa em vez de apresentar os interesses de sócios e acionistas. O custo comercial tem de estar em concordância com o custo fiscal. Existindo a manipulação de algum custo inerente a empresa, essa situação institui uma disposição obscura de lucros lesiva para o Estado e para a empresa. Em suma, o autor citado refere que os gastos que não estão corretamente confirmados, ou que não são estipuláveis por procedimentos especiais, ou ainda que são irrelevantes para criação de rendimentos não podem ser classificados como gastos fiscalmente relevantes.

5.2 A Prova Documental

Segundo José de Campos Amorim²², a prova documental é o meio de prova aceite uma vez que se adequa à prática comercial, não rejeitando, qualquer outro tipo de prova que seja legalmente autorizada. De referir que a prova testemunhal pode servir como meio complementar à prova documental, não servindo como meio alternativo de prova. De acordo com o mesmo autor, para um custo ser dedutível em

19 AMORIM, José de Campos. A Dedutibilidade dos Gastos em sede de IRC - Considerações Gerais, in Revista Portuguesa de Contabilidade, nº11, 3º trimestre de 2013. Disponível online em: <https://rpc.informador.pt/artigos/E161.0106/A-Dedutibilidade-dos-Gastos-em-sede-de-IRC-Consideracoes-Gerais>.

20 AMORIM, José de Campos. A Dedutibilidade dos Gastos em sede de IRC - Considerações Gerais, in Revista Portuguesa de Contabilidade, nº11, 3º trimestre de 2013. Disponível online em: <https://rpc.informador.pt/artigos/E161.0106/A-Dedutibilidade-dos-Gastos-em-sede-de-IRC-Consideracoes-Gerais>.

21 AMORIM, José de Campos. A Dedutibilidade dos Gastos em sede de IRC - Considerações Gerais, in Revista Portuguesa de Contabilidade, nº11, 3º trimestre de 2013. Disponível online em: <https://rpc.informador.pt/artigos/E161.0106/A-Dedutibilidade-dos-Gastos-em-sede-de-IRC-Consideracoes-Gerais>.

22 AMORIM, José de Campos. A Dedutibilidade dos Gastos em sede de IRC - Considerações Gerais, in Revista Portuguesa de Contabilidade, nº11, 3º trimestre de 2013. Disponível online em: <https://rpc.informador.pt/artigos/E161.0106/A-Dedutibilidade-dos-Gastos-em-sede-de-IRC-Consideracoes-Gerais>.

sede de IRC, é necessário que os documentos estejam presentes na contabilidade do sujeito passivo, e que tenham sido imprescindíveis à concretização dos rendimentos e também que tenham servido de apoio a transações concretizadas. Segundo o mesmo autor, a prova pericial poderá ser uma possibilidade, em circunstâncias particulares, em detrimento da prova documental. Por exemplo, os encargos relativos a viagens realizadas pelos colaboradores podem ser provados através da peritagem. A perícia técnica não é solicitada “sempre que, com a mesma, se pretende saber se determinadas despesas devem ou não ser consideradas como integrantes de certa categoria de custos previstos como dedutíveis, já que constitui pura questão de direito que escapa à prova pericial, que se restringe à apreciação de questões com carácter meramente técnico” (Cfr. Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo n.º 01293/02, 2003).

5.3 O Ónus da Prova dos Gastos Realizados

É ainda necessário apurar, provando, se um gasto pode ou não ser dedutível em sede de IRC. Para isso, é preciso investigar se os gastos se adaptam à veracidade dos factos tributários e se os aspetos fiscalmente pertinentes são necessários à atividade empresarial, sob consequência de os gastos não conseguirem ser dedutíveis ao lucro tributável²³. Esta obrigação está de acordo o artigo 74.º da LGT, que expõe que “o ónus da prova dos factos constitutivos dos direitos da administração tributária ou dos contribuintes recai sobre quem os invoque.” Caso o contribuinte não cumpra este ónus, a Administração Tributária tem o poder de não considerar esse gasto, por falta de preenchimento do ónus da prova, ainda que o gasto se justifique, tendo em conta a atividade realizada pelo contribuinte.

5.4 O Critério da Indispensabilidade

Segundo a doutrina e a jurisprudência, este critério trata-se de um dos requisitos essenciais para que os gastos sejam aceites fiscalmente. De acordo com José de Campos Amorim²⁴, este critério foi criado com o intuito de evitar que certos gastos inapropriados sejam indevidamente dedutíveis fiscalmente e que estes sejam também excessivamente contabilizados. A título de exemplo, o pagamento de refeições a membros da família ou faturas em restaurantes de luxo relativas a refeições pagas aos trabalhadores. Assim sendo, só os gastos inerentes ao processo produtivo e à obtenção de proveito é que devem ser aceites. Segundo o mesmo autor²⁵, o requisito

23 Para maiores desenvolvimentos, cfr. AMORIM, José de Campos. A Dedutibilidade dos Gastos em sede de IRC - Considerações Gerais, in Revista Portuguesa de Contabilidade, n.º11, 3º trimestre de 2013. Disponível online em: <https://rpc.informador.pt/artigos/E161.0106/A-Dedutibilidade-dos-Gastos-em-sede-de-IRC-Consideracoes-Gerais>.

24 AMORIM, José de Campos. A Dedutibilidade dos Gastos em sede de IRC - Considerações Gerais, in Revista Portuguesa de Contabilidade, n.º11, 3º trimestre de 2013. Disponível online em: <https://rpc.informador.pt/artigos/E161.0106/A-Dedutibilidade-dos-Gastos-em-sede-de-IRC-Consideracoes-Gerais>.

25 AMORIM, José de Campos. A Dedutibilidade dos Gastos em sede de IRC - Considerações Gerais, in Revista Portuguesa de Contabilidade, n.º11, 3º trimestre de 2013. Disponível online em: <https://rpc.informador.pt/artigos/E161.0106/A-Dedutibilidade-dos-Gastos-em-sede-de-IRC-Consideracoes-Gerais>.

da indispensabilidade dos gastos deve ser avaliado por critérios de racionalidade económica, isto é, deve estar de acordo com o que for útil e imprescindível para a empresa realizar rendimentos ou para manter a fonte produtora.

5.5 A Conexão entre Gastos e Rendimentos

Nas palavras de José de Campos Amorim²⁶, deve existir uma ligação entre os gastos realizados pelo contribuinte e a “obtenção de proveitos ou ganhos sujeitos a imposto ou à manutenção da fonte produtora, bem como devem estar registados no exercício contabilístico correspondente e sujeitos a um único regime de tributação”. Quando existe atividades sujeitas a distintos regimes de tributação, os gastos não podem ser deduzidos de atividade para atividade, devendo haver uma rutura contabilística entre ambas as atividades, as isentas e não isentas. Existindo atividades sujeitas a distintos regimes de tributação, é necessário efetuar uma distinção contabilística entre as atividades económicas, isto é para cada regime a que as atividades da empresa estejam sujeitas é necessário fazer uma conexão entre rendimentos e gastos. Em suma, não basta que os gastos reconhecidos na contabilidade da empresa sejam verdadeiros ou que exista uma conexão entre gastos e ganhos sujeitos a imposto, é também necessário identificar uma fusão entre o conceito de gasto fiscal e gasto contabilístico. Deste modo, a dedutibilidade dos gastos não está reduzida ao exercício a que dizem respeito, mas sim estar ligada a exercícios anteriores²⁷.

5.6 A Efetividade dos Gastos

De acordo com José de Campos Amorim²⁸, só os gastos sustentados pelo sujeito passivo podem ser relevantes a nível fiscal, isto é, o gasto terá de estar relacionado com uma movimentação efetuada pelo contribuinte. A título de exemplo, não é possível deduzir gastos de operações simuladas, que é o que acontece com as faturas falsas. Este critério também obriga que os gastos sejam suportados pela empresa e não por entidades alheias a mesma, assim sendo os gastos só podem ter um único destinatário.

5.7 A Contabilização de Gastos Reais e Efetivos e o seu Controlo pela Administração Tributária

26 AMORIM, José de Campos. A Dedutibilidade dos Gastos em sede de IRC - Considerações Gerais, in Revista Portuguesa de Contabilidade, nº11, 3º trimestre de 2013. Disponível online em: <https://rpc.informador.pt/artigos/E161.0106/A-Dedutibilidade-dos-Gastos-em-sede-de-IRC-Consideracoes-Gerais>.

27 Para maiores desenvolvimentos, cfr. AMORIM, José de Campos. A Dedutibilidade dos Gastos em sede de IRC - Considerações Gerais, in Revista Portuguesa de Contabilidade, nº11, 3º trimestre de 2013. Disponível online em: <https://rpc.informador.pt/artigos/E161.0106/A-Dedutibilidade-dos-Gastos-em-sede-de-IRC-Consideracoes-Gerais>.

28 Cfr. AMORIM, José de Campos. A Dedutibilidade dos Gastos em sede de IRC - Considerações Gerais, in Revista Portuguesa de Contabilidade, nº11, 3º trimestre de 2013. Disponível online em: <https://rpc.informador.pt/artigos/E161.0106/A-Dedutibilidade-dos-Gastos-em-sede-de-IRC-Consideracoes-Gerais>.

Segundo José de Campos Amorim²⁹, só quando um custo estiver corretamente contabilizado é que pode ser aceite fiscalmente. A inscrição de um bem na contabilidade não é uma garantia de benefícios fiscais, mas sim uma garantia do “valor probatório dos registos contabilísticos” realizados, logo a eventualidade de dedução fiscal do custo ocorrido. A realidade económica deve prevalecer perante a existência da inscrição na contabilidade sem a existência de uma conexão com a ação da empresa. As importâncias escrituradas que não traduzem uma realidade económica para a empresa não podem ser consideradas como gastos. Deste modo, o princípio da substância económica presente nas normas jurídicas é o que predomina. Caso exista uma solução injusta para o contribuinte, o princípio da prevalência da tributação do rendimento real sobre o requisito formal não deve ser aplicado³⁰. Assim sendo, podem ser excluídas quaisquer importâncias que não correspondem à verdade ou que estejam em situações de abuso fiscal. Cabe a Administração Tributária (AT) corrigir estas situações, caso o contribuinte não as faça, no sentido de evitar deduções fiscais abusivas ou coberturas ilícitas de operações duvidosas ou ainda fugas aos impostos³¹.

As operações realizadas pelo contribuinte devem estar comprovadas, uma vez que a AT pode desacreditar os gastos contabilizados. Ora, na ocorrência de uma inspeção tributária, e segundo o entendimento de José de Campos Amorim³², que aqui propugnamos, a AT pode requisitar prova dos registos contabilísticos efetuados, através de documentos bancários que suportam esses registos contabilísticos. Através desta informação é possível reorganizar os registos bancários. De acordo com o mesmo autor, a AT tem o “acesso aos documentos bancários do contribuinte quando sem esses documentos não seja possível aceder à comprovação e qualificação direta e exata da matéria tributável”. Em momento algum, o contribuinte não pode negar qualquer acesso às contas bancárias, mesmo que na mesma conta estejam reunidas operações da empresa e da sua vida privada, pois estaria a perpetrar um “venire contra factum proprium” (cfr. Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo n.º 0625/07, 2007), no sentido em que o contribuinte decidiu reunir movimentos da esfera empresarial e da esfera privada na mesma conta, logo, não se precaveu do direito à reserva que, neste momento, seria de salvaguardar. Por fim, José de Campos Amorim³³ afirma que os registos das operações e transações devem ser efetuados

29 AMORIM, José de Campos. A Dedutibilidade dos Gastos em sede de IRC - Considerações Gerais, in Revista Portuguesa de Contabilidade, n.º11, 3º trimestre de 2013. Disponível online em: <https://rpc.informador.pt/artigos/E161.0106/A-Dedutibilidade-dos-Gastos-em-sede-de-IRC-Consideracoes-Gerais>.

30 Para maiores desenvolvimentos, cfr. AMORIM, José de Campos. A Dedutibilidade dos Gastos em sede de IRC - Considerações Gerais, in Revista Portuguesa de Contabilidade, n.º11, 3º trimestre de 2013. Disponível online em: <https://rpc.informador.pt/artigos/E161.0106/A-Dedutibilidade-dos-Gastos-em-sede-de-IRC-Consideracoes-Gerais>.

31 Cfr. AMORIM, José de Campos. A Dedutibilidade dos Gastos em sede de IRC - Considerações Gerais, in Revista Portuguesa de Contabilidade, n.º11, 3º trimestre de 2013. Disponível online em: <https://rpc.informador.pt/artigos/E161.0106/A-Dedutibilidade-dos-Gastos-em-sede-de-IRC-Consideracoes-Gerais>.

32 Cfr. AMORIM, José de Campos. A Dedutibilidade dos Gastos em sede de IRC - Considerações Gerais, in Revista Portuguesa de Contabilidade, n.º11, 3º trimestre de 2013. Disponível online em: <https://rpc.informador.pt/artigos/E161.0106/A-Dedutibilidade-dos-Gastos-em-sede-de-IRC-Consideracoes-Gerais>.

33 AMORIM, José de Campos. A Dedutibilidade dos Gastos em sede de IRC - Considerações Gerais, in Revista Portuguesa de Contabilidade, n.º11, 3º trimestre de 2013. Disponível online em: <https://rpc.informador.pt/artigos/E161.0106/A-Dedutibilidade-dos-Gastos-em-sede-de-IRC-Consideracoes-Gerais>.

pelo contribuinte sem que este possa condicionar a AT de qualquer averiguação aos documentos bancários para apurar “o valor probatório dos registos contabilísticos”.

6. Considerações finais

Aqui chegados, podemos concluir que não existe uma definição clara e objetiva, na lei fiscal portuguesa, de gasto fiscal, uma vez que sempre que se aborda a noção de gasto fiscal, a mesma nunca é concreta, sendo ainda que, por vezes, devido a esta falta de clareza, a Autoridade Tributária e Aduaneira e os Tribunais possuem um papel importante, no sentido de esclarecer este conceito, com o objetivo de rever certos gastos fiscais, ao encontro da contabilidade da empresa, e retificar a matéria coletável de acordo com a lei fiscal atual. Também é possível depreender, deste nosso estudo, que a totalidade dos encargos de natureza fiscal e parafiscal não são aceites fiscalmente. Conclui-se, ainda, que as empresas devem cumprir sete requisitos para verem os seus gastos fiscalmente aceites. De notar que esta matéria se encontra em constante evolução, tendo vindo a sofrer algumas alterações nos últimos anos, desde a reforma fiscal de 2014.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AA.VV, “Rendimento - Tributação e Incentivos: IRS-IRC-EBF-CFI”, Lexit / O Informador Fiscal, 2019.

AMORIM, José de Campos. A Dedutibilidade dos Gastos em sede de IRC - Considerações Gerais, in Revista Portuguesa de Contabilidade, nº11, 3º trimestre de 2013. Disponível online em: <https://rpc.informador.pt/artigos/E161.0106/A-Dedutibilidade-dos-Gastos-em-sede-de-IRC-Consideracoes-Gerais>.

DIAS, Joana Catarina de Jesus Dias. Os gastos contabilísticos e a sua dedutibilidade em Portugal e Espanha, Dissertação de Mestrado, Universidade de Aveiro. 2009. Disponível online em: <https://ria.ua.pt/bitstream/10773/4319/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o.pdf>.

TEIXEIRA, Susana Patrícia Cardoso dos Santos Costa. A Indispensabilidade dos Custos do art. 23º do CIRC: análise da Doutrina e Jurisprudência, Dissertação de Mestrado, Universidade Católica Portuguesa. 2015. Disponível online em: <https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/18664/1/disserta%C3%A7%C3%A3o%20de%20mestrado%20-%20do%20fiscal%20-%20susana.pdf>.

Da comunicação de esquemas de planeamento fiscal potencialmente abusivos à obrigação de comunicação de determinados mecanismos internos ou transfronteiriços com relevância fiscal: Perspetiva evolutiva

From the communication of potentially abusive tax planning schemes to the obligation of communication of certain internal or trans-border mechanisms with tax relevance: evolutionary perspective

Paulo Sérgio de Sousa Magalhães¹

Patrícia Anjos Azevedo²

Sumário: 1. Generalidades; introdução; 2. A comunicação de esquemas de planeamento fiscal potencialmente abusivos; 3. A obrigação de comunicação de determinados mecanismos internos ou transfronteiriços com relevância fiscal; 3.1. Considerações gerais; 3.2. Mecanismos transfronteiriços; 3.3. Mecanismos internos; 3.4. Sujeitos e objeto da obrigação de comunicar; 3.5. Finalidades da informação comunicada; 4. Conclusões.

Resumo: O planeamento fiscal reflete uma sociedade em que os contribuintes não se limitam a adotar uma posição passiva, de cumprimento escrupuloso e acrítico das normas fiscais. Admitimos, por isso, que o planeamento fiscal é intrínseco aos próprios ordenamentos jurídicos fiscais, daí que possamos dizer que os contribuintes possuem alguma liberdade de escolha, dentro da racionalidade que legalmente se permite, no sentido de conformarem as suas condutas da maneira que concretamente melhor lhes convier, com o objetivo de poupança (lícita) de despesas fiscais. Neste contributo, daremos especial enfoque a uma das formas de combate ao planeamento fiscal extra legem que se consubstancia em medidas de caráter preventivo e repressivo que, até há bem pouco tempo, se encontravam plasmadas no Decreto-Lei (DL) n.º 29/2008, de 25 de fevereiro e que atualmente se encontram previstas na Lei n.º 26/2020, de 21 de julho (que estabelece a obrigação de comunicação à Autoridade Tributária e Aduaneira – AT – de determinados mecanismos internos ou transfronteiriços com relevância fiscal, transpondo a Diretiva (UE) 2018/822 do Conselho, de 25 de maio de 2018, e revogando o já referido DL n.º 29/2008, de 25 de fevereiro). De notar que a ocorrência de circunstâncias de planeamento fiscal abusivo, agressivo ou extra legem tem vindo a aumentar, sobretudo por força da elevada carga fiscal e, a consagração de um regime europeu de comunicação de determinados mecanismos internos ou transfronteiriços com relevância fiscal, permite colmatar as dificuldades sentidas no combate ao planeamento fiscal abusivo, sobretudo causadas pelas diferenças de tratamento sentidas nos diversos ordenamentos jurídicos, uma vez que eram poucos os Estados-Membros (EM) que até então consagravam deveres de comunicação.

Palavras-chave: Planeamento Fiscal; Planeamento fiscal extra legem; Comunicação de Esquemas; Obrigação de comunicação; Perspetiva evolutiva.

Abstract: Tax planning reflects a society in which taxpayers are not limited to adopting a passive, scrupulous and uncritical compliance with tax rules. Therefore, we admit that tax planning is intrinsic to the tax legal systems themselves, hence we can say that taxpayers have some freedom of choice, within the rationality that is legally allowed, in order to conform their conduct in the way that is best. suits them, with the objective of saving (lawful) tax expenses. In this contribution, we will give special focus to one of the ways of combating extra legem tax planning, which consists of preventive and repressive measures that, until recently, were reflected in Decree-Law (DL) No. 29 / 2008, of 25 February and which are currently provided for in Law no. 26/2020, of 21 July (which establishes the obligation to communicate certain internal or cross-border mechanisms with fiscal relevance to the Tax Administration – TA –, transposing Directive (EU) 2018/822 of the Council, of May 25, 2018, and revoking the aforementioned DL No. 29/2008, of February 25). It should be noted that the occurrence of circumstances of abusive, aggressive or extra legem tax planning has been increasing, mainly due to the high tax burden and, the enshrining of a European communication regime of certain internal or cross-border mechanisms with fiscal relevance, allows to close the difficulties experienced in the fight against abusive tax planning, mainly caused by the differences of treatment felt in the different legal systems, since there were few Member States (MS) that until then devoted communication duties.

Keywords: Tax Planning; Extra legem tax planning; Scheme Communication; Communication obligation; Evolutionary perspective.

¹ Licenciado em Solicitoria pela Escola Superior de Gestão do Instituto Politécnico do Cávado e do Ave e Mestre em Solicitoria pela Escola Superior de Tecnologia e Gestão do Politécnico do Porto. E-mail: sergiomagalhaes004@gmail.com.

² Licenciada, Mestre e Doutora em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Professora Adjunta Convidada na Escola Superior de Tecnologia em Gestão do Politécnico do Porto. E-mail: patricia_anjos_azevedo86@hotmail.com.

1. Generalidades; Introdução

O planeamento fiscal trata-se de um conjunto de opções levadas a cabo por determinados contribuintes (pessoas singulares ou coletivas), com o intuito da poupança de despesas fiscais. Dentro deste, podemos distinguir três tipos/modalidades de planeamento fiscal, a saber: o planeamento fiscal legítimo (ou *intra legem*); o planeamento fiscal abusivo, agressivo, excessivo ou elisivo (quando ultrapassa as fronteiras da legalidade, ou seja, planeamento *extra legem*); ou, ainda, poderemos estar em presença de fraude/evasão fiscal (planeamento fiscal ilegítimo), sendo, neste caso, o planeamento fiscal levado a cabo de uma forma diretamente contrária e claramente atentatória da legislação vigente (planeamento fiscal *contra legem*)³. Pode assim dar-se o caso de o contribuinte praticar atos lícitos, mas cujo resultado não é bem aceite pelo ordenamento jurídico em questão, já que estes contrariam os princípios fundamentais do sistema fiscal, designadamente o princípio da igualdade e o princípio da capacidade contributiva. In casu, estamos perante o planeamento fiscal *extra legem*⁴. Neste contexto, Patrícia Anjos Azevedo⁵ defende que “a poupança de despesas fiscais verifica-se através da utilização de artifícios jurídicos que não se encontram previstos nem na letra nem no espírito das normas de incidência fiscal ou, estando nelas previstos, apresentam um nível de tributação diferente daquele que concretamente se consegue, na prática, através da utilização desses mesmos artifícios, o que leva a soluções de mais baixa tributação ou de tributação inexistente”. Acrescente-se que o planeamento fiscal *extra legem* não se traduz na redução da carga fiscal, mas na “intenção manifesta de tornear o ordenamento jurídico tributário, para conseguir um objetivo oposto aos valores que o estruturam”⁶, sendo por isso encarada como uma habilidade fiscal ou até mesmo um negócio de destreza fiscal. Por esse motivo é uma prática, apesar de lícita, muitas vezes considerada censurável e antijurídica⁷.

3 Para maiores desenvolvimentos, cf. AZEVEDO, Patrícia Anjos, “Breves notas sobre o planeamento fiscal, as suas fronteiras e as medidas antiabuso”, in *A Fiscalidade como instrumento de recuperação económica*, Vida Económica, 2011, pp. 293-310. Outros contributos doutrinários sobre estas matérias: MARQUES, Daniel Brás; CARNEIRO, Elsa Sá, *O planeamento fiscal, os seus limites e o direito legítimo ao planeamento*, Revista Revisores & Auditores, Lisboa, dezembro de 2015. OLIVEIRA, António Fernandes de, *A legitimidade do planeamento fiscal, as cláusulas gerais anti-abuso e os conflitos de interesse*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009. SANCHES, Saldanha, *Os limites do planeamento fiscal, substância e forma no direito fiscal Português, comunitário e internacional*, Coimbra Editora, 2006. SEQUEIRA, Adilson, *Planeamento e gestão fiscal sistema tributário (atualizado e ampliado)*, 2ª edição, Escolar Editora, Lobito, 2016. SILVA, Amândio Fernandes, *O direito dos contribuintes ao planeamento fiscal*, Revista da Câmara dos Técnicos Oficiais de Contas, Ano IX, n.º 104, novembro de 2008.

4 O planeamento fiscal *extra-lem* “não sendo ilícito – e portanto não tocando nos meandros da pura ilegalidade –, não é contudo aceite pelo ordenamento jurídico-fiscal” pelo que a análise deverá ser casuística e cuidadosa – Cf. AZEVEDO, Patrícia Anjos, “Breves notas sobre o planeamento fiscal, as suas fronteiras e as medidas antiabuso”, Op.Cit. p.297.

5 Cf. AZEVEDO, Patrícia Anjos, “A tributação do rendimento na residência e na fonte - fatores de conexão à luz do direito fiscal europeu e internacional e dos princípios fundamentais de direito fiscal” (adaptação de texto de tese de doutoramento), Novas Edições Acadêmicas, Mauritius, 2020, p.52.

6 Cf. SANCHES, Saldanha, *Abuso de Direito em matéria fiscal: Natureza, alcance e limites*, CFT, abril – junho 2000, p.14 apud AMORIM, José de Campos, *Algumas medidas de combate à evasão fiscal*, in *Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas*, ISCAP, n.º 12, 2007, p. 17.

7 Nas palavras de José de Campos Amorim, “são antijurídicos porque não são ilícitos e não lhes é aplicada qualquer sanção. Não são, todavia, completamente regulares, porque a lei tributária permite que, para efeito de tributação, a Administração fiscal corrija a matéria coletável deles resultante” – cf. AMORIM, José de Campos, *Algumas Medidas de Combate à Evasão Fiscal*, Op.Cit., p. 18.

2. A comunicação de esquemas de planeamento fiscal potencialmente abusivos⁸

Como forma de combate ao planeamento fiscal extra legem ou abusivo, o legislador fiscal português adotou algumas medidas de caráter preventivo e repressivo que, até há bem pouco tempo, se encontravam plasmadas no DL n.º 29/2008, de 25 de fevereiro⁹. No preâmbulo do diploma aqui em causa é, designadamente, mencionado que o exercício da consultoria fiscal, no que concerne à afetação do cumprimento pontual e exato dos deveres fiscais, assumiu já proporções absolutamente preocupantes, fruto da intensa concorrência entre as diversas entidades que prestam serviços neste domínio, com criação permanente de esquemas “pré-fabricados” de planeamento fiscal para oferta a clientes e demais interessados, com práticas de modelos de preços extraordinariamente lucrativos e assentes na ligação entre a remuneração e o montante da vantagem fiscal proporcionada, bem como com recurso à configuração de instrumentos e produtos financeiros muito complexos e sofisticados. Neste seguimento, o legislador consagrou um regime que assentava, fundamentalmente, na previsão legal de deveres de informação à administração fiscal, tendo em conta que o funcionamento regular, eficaz, íntegro e justo do sistema fiscal também depende fortemente da informação que lhe seja reportada, em tempo oportuno; e daí a designação de medidas de caráter preventivo e repressivo ou forma de reação à priori.

3. A obrigação de comunicação de determinados mecanismos internos ou transfronteiriços com relevância fiscal

3.1. Considerações gerais

Muito recentemente, foi publicada no Diário da República n.º 140/2020, Série I de 2020-07-21, a Lei n.º 26/2020, de 21 de julho. O referido diploma transpõe a Diretiva (UE) 2018/822 do Conselho, de 25 de maio de 2018¹⁰, comumente designada por DAC6 (sobre a troca automática de informações obrigatória no domínio da fiscalidade) e revoga o Decreto-Lei n.º 29/2008, de 25 de fevereiro (sobre os deveres de comunicação, informação e esclarecimento à administração tributária para prevenir

8 Regime vigente até à entrada em vigor da Lei n.º 26/2020, de 21 de julho.

9 Este diploma teve origem no seguimento das crescentes preocupações de combate à evasão fiscal, que se evidenciaram na conferência de Seul em setembro de 2006 (onde reuniram diversas administrações fiscais), tendo o legislador verificado que o exercício da consultoria no campo tributário tinha, até então, vindo a ser desenvolvido sem qualquer forma de regulação, razão pela qual, os promotores (tal como eram designados pelo legislador) eram os principais alvos do DL n.º 29/2008, de 25 de fevereiro.

10 Segundo reza o art.º 288.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) a diretiva vincula os países aos quais se destina (um, vários ou todos) quanto ao resultado a alcançar, deixando, no entanto, às instâncias nacionais a competência quanto à forma e aos meios.

Todavia, a diretiva é diferente do regulamento ou da decisão. Ao contrário do que acontece com o regulamento, que é imediatamente aplicável na ordem jurídica interna dos países da UE após a sua entrada em vigor, a diretiva não é diretamente aplicável nos países da UE. Para que governos, empresas e particulares possam recorrer a uma diretiva, esta deve ter sido objeto de transposição para o direito nacional.

Ao contrário do que acontece com a decisão, a diretiva é um texto com aplicação geral em todos os países da UE. Assim sendo, para que uma diretiva produza efeitos a nível nacional, os países da UE têm de adotar uma lei com vista à sua transposição e esta medida nacional deve prosseguir os objetivos definidos pela diretiva.

e combater o planeamento fiscal abusivo – v.g., Lei do Planeamento Fiscal Abusivo)¹¹. De forma mais concreta, no Capítulo I (art.ºs 1.º e 2.º) da Lei que aqui se analisa, o art.º 1.º deixa bem claro o objeto da mesma, ao prescrever que esta: (i) Estabelece a obrigação de comunicação à AT, para as finalidades nela previstas, de determinados mecanismos internos ou transfronteiriços com relevância fiscal; e (ii) Procede à transposição para a ordem jurídica interna da Diretiva (UE) 2018/822 do Conselho, de 25 de maio de 2018, que altera a Diretiva 2011/16/UE¹² do Conselho, de 15 de fevereiro de 2011, no que respeita à troca automática de informações obrigatória, no domínio da fiscalidade, em relação aos mecanismos transfronteiriços a comunicar¹³. Passemos, agora, a uma análise mais aturada da Lei n.º 26/2020, de 21 de julho¹⁴.

3.2. Mecanismos transfronteiriços

Encontram-se abrangidos pela obrigação de comunicação de mecanismos transfronteiriços os impostos de qualquer natureza, cobrados pelos EM, ou em seu nome, ou pelas suas subdivisões políticas territoriais ou administrativas, ou em nome destas, incluindo as autarquias locais, cobrados no território a que são aplicáveis os tratados por força do art.º 52.º do Tratado da UE, com exceção do IVA, dos direitos aduaneiros, dos impostos especiais de consumo abrangidos por outra legislação da UE em matéria de cooperação administrativa entre EM e das contribuições obrigatórias para a segurança social devidas a um EM, a uma subdivisão do EM, ou às instituições de segurança social de direito público – cf. art.º 4.º. No âmbito do diploma que aqui se analisa, devem ser comunicados à AT quaisquer mecanismos transfronteiriços que contenham, pelo menos, uma das características-chave tipificadas no art.º 5.º; ou dito de outro modo, a lei elenca várias situações em que um mecanismo é sujeito a reporte às autoridades fiscais nacionais, consoante se encontrem preenchidas uma (ou mais) de 15 características-chave e, sempre que aplicável, satisfeito o teste do benefício principal – “aquele que se considera satisfeito se for possível determinar,

11 Deste modo, podemos desde já constatar que o legislador português, além das operações transfronteiriças, optou também por incluir nesta nova lei, igualmente, as operações de índole nacional – daí a revogação do Decreto-Lei n.º 29/2008, de 25 de fevereiro –, passando a existir um único diploma que regula toda a temática do reporte de operações.

12 Diretiva relativa à cooperação administrativa no domínio da fiscalidade.

13 Fazendo um breve parêntesis, e antes de analisarmos a Lei n.º 26/2020, de 21 de julho mais a fundo, vamos fazer uma breve passagem pelos Considerandos da Diretiva (UE) 2018/822 do Conselho, de 25 de maio de 2018. Destacámos o 1.º considerando que dispõe que “(...) embora a Diretiva 2011/16/UE tenha sido alterada por diversas vezes, a fim de reforçar os meios suscetíveis de serem utilizados pelas autoridades fiscais para reagir ao planeamento fiscal agressivo, é ainda necessário melhorar certos aspetos específicos em matéria de transparência do quadro de tributação em vigor”. A mesma Diretiva refere que os EM enfrentam cada vez mais dificuldades para proteger as suas matérias coletáveis nacionais da erosão fiscal, uma vez que as estruturas de planeamento fiscal se tornaram particularmente sofisticadas, aproveitando muitas vezes a maior mobilidade, tanto dos capitais como das pessoas, no mercado interno. Os referidos mecanismos vêm sendo objeto de constantes alterações e ajustamentos em reação às contramedidas defensivas adotadas pelas autoridades fiscais, razão pela qual o objetivo da referida diretiva é o de “(...) melhorar o funcionamento do mercado interno desencorajando a utilização de mecanismos de planeamento fiscal transfronteiriços agressivos (...)”.

14 Nos subpontos 3.2 a 3.5, sempre que não seja feita menção expressa em sentido contrário na referência a um artigo, deverá entender-se como pertencente à Lei n.º 26/2020, de 21 de julho.

sem dúvidas razoáveis, que a obtenção de uma vantagem fiscal¹⁵, na esfera jurídica do contribuinte relevante ou de terceiro, é o benefício principal ou um dos benefícios principais que, objetivamente e à luz de todos os factos e circunstâncias pertinentes, pode razoavelmente esperar-se do mecanismo”- cf. art.º2.º, n.º1, alínea k).

3.3. Mecanismos internos

No que aos mecanismos internos diz respeito, devem ser comunicados à AT quaisquer mecanismos internos que contenham, pelo menos, uma das características-chave tipificadas nos n.ºs 2 a 5 do art.º 5.º, sem prejuízo da necessidade de se considerar verificado o teste do benefício principal, quando aplicável (cf. art.º 7.º). Desta feita, o legislador aumentou o número de características-chave com o objetivo claro de aumentar o número de mecanismos a comunicar – a este propósito, compare-se a abrangência das características-chave tipificadas nos n.ºs 2 a 5 do art.º 5.º com os esquemas ou atuações, constantes no art.º 4.º do DL n.º 29/2008, de 25 de fevereiro, atualmente revogado. Tal como sucedia no n.º 2 do revogado DL n.º 29/2008, de 25 de fevereiro, estão abrangidos pela obrigação de comunicação de mecanismos internos os seguintes impostos: Imposto Sobre o Rendimento das Pessoas Singulares (IRS), Imposto Sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas (IRC), Imposto Sobre o Valor Acrescentado (IVA), Imposto Municipal Sobre Imóveis (IMI), Imposto Municipal Sobre as Transmissões Onerosas de Imóveis (IMT) e Imposto do Selo (IS). Todavia, nos dois primeiros impostos elencados, passa a incluir-se também as tributações autónomas com estes relacionadas e, no caso do IRC, também as derramas com este relacionadas, tal como previsto no art.º 8.º.

3.4. Sujeitos e objeto da obrigação de comunicar

O Capítulo III (art.ºs 9.º a 15.º) é dedicado aos sujeitos e objeto da obrigação de comunicação. Dos referidos artigos extrai-se que a obrigação de comunicação à AT de determinados mecanismos internos ou transfronteiriços com relevância fiscal incide, conforme o caso, sobre o intermediário ou sobre o contribuinte relevante. Se quisermos fazer um paralelismo com o DL n.º 29/2008, de 25 de fevereiro, falaríamos, respetivamente, de promotor e utilizador. O art.º 9.º postula a obrigação de comunicação do intermediário, que se trata de qualquer pessoa que conceba, comercialize, organize ou disponibilize para aplicação ou administre a aplicação de um mecanismo a comunicar, não integrando estas atuações a mera comunicação de informação estritamente descritiva de regimes tributários existentes, incluindo benefícios fiscais, e o aconselhamento estritamente prestado quanto a uma situação tributária já existente do contribuinte relevante, incluindo o exercício do mandato no âmbito do procedimento administrativo tributário, do processo de impugnação tributária, do processo penal tributário ou do processo de contraordenação tributária,

¹⁵ Para efeitos da lei em apreço e nos termos do preceituado na alínea l), do n.º 1, do art.º 2.º, considera-se “«vantagem fiscal», a redução, eliminação ou diferimento temporal de imposto, incluindo a utilização de prejuízos fiscais, ou a obtenção de benefício fiscal, que não se alcançaria, no todo ou em parte, sem a utilização do mecanismo”.

incluindo o aconselhamento relativo à condução dos respetivos trâmites – cf. alínea e) do n.º 1 do art.º 2.º. A obrigação de comunicação à AT dos mecanismos transfronteiriços (previstos no art.º 3.º) e internos (previstos no art.º 7.º) incide, conforme estatuído na presente lei, sobre o intermediário, desde que preencha, pelo menos, uma das seguintes condições: (i) seja residente, para efeitos fiscais, no território português; (ii) possua estabelecimento estável em território português através do qual sejam prestados os serviços relacionados com o mecanismo; (iii) seja constituído em Portugal ou regido pela legislação portuguesa; (iv) esteja registado em Portugal junto de uma associação profissional relacionada com a prestação de serviços de natureza jurídica, fiscal ou de consultoria. Neste seguimento, o art.º 10.º explica o cumprimento da obrigação de comunicação, por parte do intermediário, a quem compete (em princípio) o cumprimento da obrigação de comunicação. Dizemos, em princípio, porque no caso de o intermediário se encontrar abrangido pelo dever contratual ou legal de sigilo esta obrigação recai sobre o contribuinte relevante ex vi art.º 13.º n.º 1. Nesta situação, e conforme prevê o n.º 2 do art.º 13.º, o intermediário notifica o contribuinte relevante no prazo de cinco dias corridos, contados nos termos do n.º 1 ou 3 do art.º 10.º, consoante o caso, de que este deve cumprir a obrigação de comunicação a que se refere o art.º 12.º (v.g., cumprimento da obrigação de comunicação). De seguida, o contribuinte relevante informa o intermediário, no prazo de 30 dias seguidos a contar da receção da notificação deste último, do cumprimento da obrigação de comunicação já referida (cf. art.º 12.º), apresentando ao intermediário o comprovativo de submissão da declaração perante a AT (cf. n.º 3 do art.º 13.º). No caso de o intermediário não ter sido informado do cumprimento do dever de comunicação pelo contribuinte relevante nos termos já referenciados, a comunicação das informações relativas a qualquer um dos mecanismos previstos no art.º 3.º e no art.º 7.º deve ser cumprida pelo intermediário, no prazo de 10 dias seguidos – cf. n.º 4 do art.º 13.º. O preceituado no referido artigo, vai ao encontro do plasmado no n.º 2 do art.º 10.º, que refere que “ainda que se verifique o dever legal ou contratual de sigilo, o intermediário deve comunicar à AT todas as informações que sejam do seu conhecimento ou que estejam na sua posse ou sob o seu controlo relativas a qualquer um dos mecanismos previstos no artigo 3.º e no artigo 7.º, nos casos em que se verifique a obrigação subsidiária de comunicação prevista no n.º 4 do artigo 13.º”.

Já o art.º 11.º reporta-se à obrigação de comunicação do contribuinte relevante, disposição complementada pelo art.º 12.º, que se refere ao cumprimento da obrigação de comunicação. Esta obrigação de comunicação à AT dos mecanismos transfronteiriços (previstos no art.º 3.º) e internos (previstos no art.º 7.º) incide, conforme estatuído na presente lei, sobre o contribuinte relevante, desde que preencha, pelo menos, uma das seguintes condições: (i) seja residente, para efeitos fiscais, em território português; (ii) possua estabelecimento estável em território português que beneficie do mecanismo; (iii) receba ou gere rendimentos em território português; (iv) exerça uma atividade em território português; (v) esteja registado, para efeitos fiscais, em Portugal. Nos termos previstos no n.º 1 do art.º 12.º, quando não exista um intermediário (veja-se, para estes efeitos, o art.º 9.º), recai sobre o contribuinte relevante a obrigação de comunicar à AT todas as informações relativas a qualquer

um dos mecanismos previstos no art.º 3.º e no art.º 7.º. Em suma, a obrigação de comunicação à AT dos mecanismos transfronteiriços (previstos no art.º 3.º) e internos (previstos no art.º 7.º) incide: (i) sobre o intermediário (regra geral) – cf. art.º 9º e 10.º n.º 1; (ii) sobre o intermediário (quando abrangido pela obrigação subsidiária de comunicação prevista no n.º 4 do art.º 13.º); (iii) sobre o contribuinte relevante (quando o intermediário está coberto pelo dever legal ou contratual de sigilo) – cf. n.ºs 1 a 3 do art.º 13.º; (iv) sobre o contribuinte relevante (quando inexistente um intermediário) – cf. n.º 1 do art.º 12.º.

Finalmente, e relativamente ao objeto da obrigação de comunicação (cf. Secção III do Capítulo III), o legislador, no tocante ao dever de sigilo, estabeleceu no art.º 14.º (artigo intimamente ligado com o art.º 13.º, já por nós abordado, acerca do cumprimento da obrigação de comunicação em caso de sigilo) que o cumprimento das obrigações de comunicação a que estão adstritos os intermediários e os contribuintes relevantes prevalece sobre o dever de sigilo a que, legal ou contratualmente, os mesmos estejam obrigados, não podendo este ser por eles invocado no âmbito da presente lei¹⁶ – cf. n.º 1 do já aludido art.º 14.º. De notar que, em relação ao sigilo profissional, contemplamos aqui uma situação em tudo idêntica ao que se verificava no âmbito do revogado DL n.º 29/2008, de 25 de fevereiro, nomeadamente nos respetivos art.ºs 11.º e 12.º. O mesmo se pode dizer em relação à confidencialidade, uma vez que o n.º 3 do art.º 14.º (que encontra paralelo no art.º 16º do DL 29/2008, de 25 de fevereiro) prescreve que “sem prejuízo do disposto nos artigos 16.º e 17.º, as informações comunicadas à AT nos termos da presente lei ficam abrangidas pelo dever de sigilo previsto no artigo 64.º da Lei Geral Tributária”.

Por sua vez, o art.º 15.º da Lei n.º 26/2020, de 21 de julho deixa bem claras as informações a comunicar, nas quais se destaca, designadamente: a identificação dos intermediários e dos contribuintes relevantes; os detalhes da característica-chave ou das características-chave que configurem o mecanismo como um mecanismo a comunicar; uma síntese do conteúdo do mecanismo a comunicar; a data em que tenha sido ou venha a ser realizado o primeiro passo na aplicação do mecanismo a comunicar; os detalhes das disposições normativas que formam a base do mecanismo a comunicar; o valor das operações que constituem o próprio mecanismo a comunicar; a identificação do Estado-Membro dos contribuintes relevantes e de qualquer outro Estado-Membro suscetível de estar relacionado com o mecanismo a comunicar.

3.5. Finalidades da informação comunicada

O Capítulo IV (art.ºs 16.º a 18.º) dedica-se às finalidades da informação comunicada; sendo ainda que no art.º 16.º vem estabelecer-se a troca automática de informações entre EM. Neste sentido, as informações referidas no art.º 15.º, que sejam comunicadas à AT, se relativas a mecanismos transfronteiriços, são por esta comunicadas às autoridades competentes de todos os outros EM, por meio de uma troca automática e em conformidade com as medidas práticas adotadas

¹⁶ Segundo o preceituado no n.º 2 do mesmo preceito, fica excluída qualquer tipo de responsabilidade por parte dos intermediários, por violação do dever de sigilo.

pela Comissão Europeia inerentes aos formulários normalizados e ao diretório central seguro a nível dos EM sobre a cooperação administrativa no domínio da fiscalidade – cf. n.º 1 do art.º 16.º. De salientar, ainda, que a primeira comunicação de informações pela AT às autoridades competentes de todos os outros EM ocorre até 30 de abril de 2021 – cf. art.º 23.º ex vi DL n.º 53/2020, de 11 de agosto de 2020.

Por outro lado, o art.º 17.º versa sobre as finalidades internas da informação comunicada; e, neste sentido, a AT, na posse das informações referidas no art.º 15.º que lhe foram comunicadas, para além do disposto no art.º 16.º, procede: (i) ao enquadramento, de acordo com as normas em vigor, das situações tributárias reveladas pelos mecanismos comunicados; (ii) à conceção e proposta das medidas normativas adequadas a um melhor enquadramento das situações tributárias reveladas pelos mecanismos comunicados; (iii) à adequação da programação e da ação da inspeção tributária face à relevância dos mecanismos comunicados; (iv) à divulgação, no portal das finanças, para efeitos de prevenção da evasão fiscal, dos mecanismos comunicados, sem identificação dos respetivos participantes e em termos abstratos e sintéticos, podendo esta divulgação incluir mecanismos de que a AT tenha tomado conhecimento por si mesma. De notar que a ausência de pronúncia da AT sobre um mecanismo que lhe seja comunicado nos termos da presente lei não tem por efeito qualquer aceitação tácita do enquadramento fiscal pretendido com esse mecanismo – cf. art.º 18.º.

A presente lei entrou em vigor no dia seguinte ao da sua publicação, ou seja, no dia 22 de julho de 2020 (cf. art.º 26.º, n.º 1). Destaque-se que, sem prejuízo da data da sua entrada em vigor e do disposto no art.º 22.º (mecanismos a comunicar já disponíveis), este diploma produz efeitos reportados a 1 de julho de 2020 (cf. art.º 26.º, n.º 2).

4. Conclusões

A ocorrência de circunstâncias de planeamento fiscal abusivo, agressivo ou extra legem tem vindo a aumentar, sobretudo por força da elevada carga fiscal e, a consagração de um regime europeu de comunicação de determinados mecanismos internos ou transfronteiriços com relevância fiscal, permite colmatar as dificuldades sentidas no combate ao planeamento fiscal abusivo, sobretudo causadas pelas diferenças de tratamento sentidas nos diversos ordenamentos jurídicos, uma vez que eram poucos os EM que até então consagravam deveres de comunicação. Este novo regime europeu permite fomentar os deveres de cooperação, passando a assumir uma relação quadrangular, ou seja, num primeiro nível temos os intermediários, os contribuintes relevantes e a administração tributária, que cooperam entre si no combate ao planeamento fiscal abusivo; sendo que esta cooperação é reforçada a nível europeu através da troca automática de informações obrigatória entre os EM, consubstanciando-se, por este motivo, num regime que permite simultaneamente uma abordagem interna (nacional) e transfronteiriça (europeia) mais eficaz. É suficiente que um intermediário tenha presença fiscal na UE para que este fique sujeito ao regime de comunicação obrigatória, tal como tivemos oportunidade de verificar ao

longo da análise que aqui apresentamos. Destarte, todos os intermediários que atuem no espaço da UE ficarão sujeitos aos mesmos deveres, o que permite uma maior justiça ao nível fiscal e, ainda, uma maior efetividade (e eficácia) no cumprimento das obrigações, que agora se verificam ao nível de todos os EM.

Referências bibliográficas

AMORIM, José de Campos, Algumas medidas de combate à evasão fiscal, in Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas, ISCAP, n.º 12, 2007.

AZEVEDO, Patrícia Anjos, “Breves notas sobre o planeamento fiscal, as suas fronteiras e as medidas antiabuso”, in A Fiscalidade como instrumento de recuperação económica, Vida Económica, 2011.

AZEVEDO, Patrícia Anjos, “A tributação do rendimento na residência e na fonte - fatores de conexão à luz do direito fiscal europeu e internacional e dos princípios fundamentais de direito fiscal” (adaptação de texto de tese de doutoramento), Novas Edições Acadêmicas, Mauritius, 2020.

MARQUES, Daniel Brás; CARNEIRO, Elsa Sá, O planeamento fiscal, os seus limites e o direito legítimo ao planeamento, Revista Revisores & Auditores, Lisboa, dezembro de 2015.

OLIVEIRA, António Fernandes de, A legitimidade do planeamento fiscal, as cláusulas gerais anti-abuso e os conflitos de interesse, Coimbra Editora, Coimbra, 2009.

SANCHES, Saldanha, Os limites do planeamento fiscal, substância e forma no direito fiscal Português, comunitário e internacional, Coimbra Editora, 2006.

SEQUEIRA, Adilson, Planeamento e gestão fiscal sistema tributário (atualizado e ampliado), 2ª edição, Escolar Editora, Lobito, 2016.

SILVA, Amândio Fernandes, O direito dos contribuintes ao planeamento fiscal, Revista da Câmara dos Técnicos Oficiais de Contas, Ano IX, n.º 104, novembro de 2008.

Novos desenvolvimentos da proteção de dados pessoais em tempos de Covid-19

New developments in the protection of personal data in Covid-19 times

Weder Lacerda¹

Sumário: 1. O Direito à Proteção de dados Pessoais em tempos de COVID-19; 2. Os efeitos do COVID-19 sobre a lei geral de proteção de dados pessoais – A medida provisória n.º 959 de 2020 e a lei ordinária n.º 14.010 de 10 de junho de 2020; 3. Da possível consagração do direito à proteção de dados pessoais como um direito fundamental pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – A proposta de emenda à constituição (PEC) n.º 17/2019, de 03 de julho de 2019; 4. O reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal (STF) do direito fundamental à proteção de dados pessoais; 5. Considerações finais.

Resumo: O presente artigo tem por objetivo, além de afirmar a dimensão jusfundamental do direito à proteção de dados pessoais no ordenamento jurídico brasileiro, perspectivando-o como o direito fundamental que efetivamente é, demonstrar a grande importância para o mundo jurídico bem como a relevância dos dados pessoais como objeto de identificação pessoal e a fragilidade de seu tratamento durante a pandemia do COVID-19, quando do seu uso de maneira indevida. Em que pese este direito já tenha sido palco de grandes debates jurídicos, o que se busca atualmente é a sua positivação junto a carga magna brasileira. Apesar da ausência de consagração expressa neste sentido – algo que será brevemente ultrapassado por força da proposta de emenda à constituição, em tramitação no Congresso Nacional (PEC n.º 17/2019) – o direito à proteção de dados pessoais possui inegável dimensão jusfundamental, sob pena da sua fragilização no confronto com outros direitos fundamentais. Por fim – como ponto principal deste trabalho –, será apresentado os impactos da pandemia do COVID-19 sobre a Lei Geral da Proteção de Dados Pessoais – LGPD, com ênfase final na Proposta de Emenda à Constituição (PEC) n.º 17/2019. Ademais, será demonstrado ainda a decisão inédita do Supremo Tribunal Federal – STF em discussão do Direito Fundamental à Proteção de Dados Pessoais.

Palavras-chave: Direitos humanos; Dados pessoais; Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD); PEC n.º 17/2019.

Abstract: The purpose of this article is, in addition to affirming the fundamental dimension of the right to the protection of personal data in the Brazilian legal system, viewing it as the fundamental right that it effectively is, to demonstrate the great importance for the legal world as well as the relevance of the data personal data as an object of personal identification and the fragility of its treatment during the COVID-19 pandemic, when improperly used. In spite of this right having already been the scene of major legal debates, what is currently being sought is its positivization with the Brazilian constitution. Despite the absence of express consecration in this sense – something that will soon be overcome due to the proposed amendment to the constitution, pending in the National Congress (PEC n.º 17/2019) – the right to the protection of personal data has an undeniable jusfundamental dimension, under penalty of its fragility in the confrontation with other fundamental rights. Finally – as the main point of this work – the impacts of the COVID-19 pandemic on the General Law on the Protection of Personal Data – LGPD will be presented, with final emphasis on the Proposed Amendment to the Constitution (PEC) n.º 17/2019. In addition, the unprecedented decision of the Supreme Federal Court – STF, will be demonstrated in discussion of the Fundamental Right to the Protection of Personal Data.

Keywords: Human rights; Personal data; General Law on Protection of Personal Data (LGPD); PEC n.º 17/2019.

¹ Weder de Lacerda Silva, advogado inscrito na OAB/MT, sob n.º 18.773. Mestre em Direitos Humanos pela Universidade do Minho – UMinho de Braga, Portugal. Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Cândido Mendes – UCAM, Rio de Janeiro, Brasil. Bacharel em Direito pela Universidade Anhanguera Educacional de Rondonópolis, Mato Grosso, Brasil. E-mail: wederlacerda.adv@gmail.com.

1. O Direito à Proteção de dados Pessoais em tempos de COVID-19

Em 30 de janeiro de 2020, por meio de pronunciamento oficial em caráter internacional, a Organização Mundial de Saúde (OMS) declarou ao mundo a gravidade em relação ao surto da doença causada pelo novo corona vírus (COVID-19)², que passou a ser tratada com o mais alto nível de alerta da organização, ou seja, como uma Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional. Devido ao alto risco de contágio e mesmo em continentes distantes do originário (da doença), já se tinha notícia de novos infectados, motivo esse que, em 11 de março de 2020, a COVID-19 foi caracterizada pela OMS como uma pandemia.

Inevitavelmente, a crise desenfiada do COVID-19 veio impactar diretamente a forma em como o Estado deve atuar para manter as políticas de saúde pública, sendo uma delas (a que nos importa tratar aqui) a utilização de dados pessoais para exposição de informações relativas ao número de pessoas infectadas, recuperadas, hospitalizadas, óbitos, dados genéticos para anticorpos, sexo do paciente, comorbidades – ou seja, preexistência de outras doenças –, dados esses para se criar um perfil de grupo de risco que podem desenvolver a doença em sua forma mais grave.

Importante salientar que os dados ora mencionados são caracterizados pela legislação atual (brasileira através da LGPD e europeia através do RGPD) como dados de caráter sensível e justo por esse motivo merecem mais atenção da lei se comparado com outros tipos de dados. Além da utilização desses dados para fins de estatísticas, estudo para desenvolvimento de vacinas e outros relacionados a saúde de pacientes, o Estado tem demonstrado o interesse em utiliza-los como fim de conter aglomerações, como por exemplo rastreamento de dados³ de acesso e geolocalização por meio de smartphones.

Contudo, é em meio a esse turbulento período de pandemia que o legislador deve se atentar entre o conflito de direitos fundamentais e sobrepor até quando o Estado poderá ter legitimidade sobre o que outrora é considerado como violação de direitos considerados como indisponíveis para a dignidade da pessoa humana. Sendo essencial neste momento uma análise crítica quanto ao tratamento dos dados pessoais relativos ao COVID-19.

A exemplo disso, o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (MPDFT) fez recomendações à Secretária de Saúde (SES) “que expeça ato normativo para proibir as unidades de saúde de divulgar aos veículos de comunicação os dados pessoais das vítimas fatais da Covid-19. Após a orientação, o governo local informou que não fornecerá dados pessoais como nome, filiação, endereço, profissão ou qualquer outro que permita a identificação de seus titulares à imprensa. (...) É permitida a divulgação

2 Cf. MINISTÉRIO DA SAÚDE, “Sobre a doença”, in Ministério da Saúde, Brasil, 2020, texto disponível em <https://coronavirus.saude.gov.br/sobre-a-doenca#o-que-e-covid> [23.06.2020].

3 Cf. BBC News, “Coronavírus: governo brasileiro vai monitorar celulares para conter pandemia”, in BBC Brasil em Londres, Londres, 2020, texto disponível em <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-52154128> [23.06.2020].

de dados objetivos, como causa da morte, gênero, idade e comorbidades prévias⁴”.

Nota-se então que a proteção de dados se encontra em destaque no momento atual, apresentando-se como momento oportuno para se discutir a sua relevância como um direito com garantia fundamental frente a fragilidade em que está submetido.

É público e notório a utilização de dados pessoais para fins humanitários em situações de emergência como a do COVID-19. Vários países, mesmo aqueles em que já existe um regulamento próprio e vigente que versa sobre a proteção de dados pessoais, têm utilizado os dados pessoais como objeto de monitoramento de pessoas, a exemplo disso temos Israel⁵, Singapura⁶ e China⁷.

Várias autoridades de proteção de dados já se pronunciaram a respeito da utilização de dados pessoais para fins relacionados a saúde. Nesse caso em específico, devido a pandemia do COVID-19, a Global Privacy Assembly⁸ ressaltou que as normas de proteção de dados pessoais não obstam a luta contra a COVID-19 e a utilização atípica dos dados pessoais se faz necessário como modo de cooperação para conter o vírus. Nessa mesma ótica, o Comitê Europeu de Proteção de Dados (EPDB)⁹ destacou a necessidade de que a utilização dos dados pessoais, neste momento de contenção do vírus, bem como e a restrição a direitos, contudo, devendo ser limitadas ao período de emergência.

2. Os efeitos do COVID-19 sobre a lei geral de proteção de dados pessoais – A medida provisória n.º 959¹⁰ de 2020 e a lei ordinária n.º 14.010¹¹ de 10 de junho de 2020.

Pouco tempo antes da LGPD entrar em vigor, o Brasil iniciou o enfrentamento do COVID-19 e isso veio atingir diretamente os rumos da proteção de dados pessoais

4 Cf. MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS - MPDFT, “Unidades de saúde devem resguardar identidade de vítimas fatais da Covid-19”, Distrito Federal, in MPDFT, 2020, texto disponível em <https://www.mpdft.mp.br/portal/index.php/comunicacao-menu/sala-de-imprensa/noticias/noticias-2020/noticias-covid/11801-unidades-de-saude-devem-resguardar-identidade-de-vitimas-fatais-da-covid-19> [23.06.2020].

5 Cf. HAARETZ, “Israeli Coronavirus Surveillance Explained: Who’s Tracking You and What Happens With the Data”, in Haaretz.com, Israel, 2020, texto disponível em <https://www.haaretz.com/amp/israel-news/premium-israeli-coronavirus-surveillance-who-s-tracking-you-and-what-happens-with-the-data-1.8685383> [23.06.2020].

6 Cf. NATURE, “Coronavirus contact-tracing apps: can they slow the spread of COVID-19?”, in Nature.com, Singapore, 2020, texto disponível em: <https://www.nature.com/articles/d41586-020-01514-2> [23.06.2020].

7 Cf. THE GUARDIAN, “‘The new normal’: China’s excessive coronavirus public monitoring could be here to stay”, in The Guardian, 2020, Hong Kong texto disponível em <https://www.theguardian.com/world/2020/mar/09/the-new-normal-chinas-excessive-coronavirus-public-monitoring-could-be-here-to-stay> [23.06.2020].

8 Cf. GLOBAL PRIVACY ASSEMBLY - GPA, “Statement by the GPA Executive Committee on the Coronavirus (COVID-19) pandemic”, in GlobalPrivacyAssembly.org, Nova Zelândia, 2020, texto disponível em <https://globalprivacyassembly.org/gpaexco-covid19/> [23.06.2020].

9 Cf. EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD - EDPB, “Statement on the processing of personal data in the context of the COVID-19 outbreak”, de 19 de março de 2020, texto disponível em https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/files/file1/edpb_statement_2020_processingpersonaldataandcovid-19_en.pdf [23.06.2020].

10 Cf. MEDIDA PROVISÓRIA n.º 959/2020, “Estabelece a operacionalização do pagamento do Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda e do benefício emergencial mensal de que trata a Medida Provisória n.º 936, de 1º de abril de 2020, e prorroga a vacatio legis da Lei n.º 13.709, de 14 de agosto de 2018, que estabelece a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGPD”, texto disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv959.htm#art4 [23.06.2020].

11 Cf. BRASIL, Lei n.º 14.010/2020 de 10 de junho de 2020, “Dispõe sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do coronavírus (Covid-19)”, texto disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L14010.htm [23.06.2020].

prevista pela Lei Geral da Proteção de Dados, isso porque, por meio de medida provisória e lei ordinária, visando a contenção de gastos a nível nacional durante a pandemia, foi postergado a sua entrada em vigor que antes, aconteceria em 14 de agosto de 2020, para só então entrar em vigor em 18 de setembro de 2020.

Na verdade, o interesse em postergar a entrada em vigor da Lei n.º 13.709/2018 não teve como pontapé inicial a pandemia instalada mundialmente. É de todo oportuno salientar que vários outros projetos de lei já foram analisados nas duas casas legislativas com esse mesmo objeto, como por exemplo do PL n.º 5.762/2019, de autoria do Deputado Carlos Bezerra (MDB/MT), que propõe a prorrogação para 15 de agosto de 2022; o PL n.º 1.027/2020, do Senador Otto Alencar (PSD/BA) que adia a LGPD para 16 de fevereiro de 2022, assim como, o PL n.º 1.179/2020, de autoria do Senador Antônio Anastasia (PSD/MG), já aprovado no Senado Federal e agora em trâmite na Câmara dos Deputados – pronto para pauta no plenário – que prorroga a entrada em vigor da LGPD para 1º de janeiro de 2021, e as sanções dispostas nos arts. 52 a 54, seriam aplicáveis somente a partir de 1º de agosto de 2021.

Um dos principais motivos para a prorrogação da *vacatio legis* da LGPD, apontado pelo Ministro de Estado da Economia em relação a MP n.º 959/2020, se dava “em consequência de uma possível incapacidade de parcela da sociedade em razão dos impactos econômicos e sociais da crise provocada pela pandemia do Coronavírus¹²”. Não só a MP citada veio fazer alterações na LGPD. O PL n.º 1.179/2020, em 10 de junho de 2020, foi aprovado nas duas casas legislativas e foi convertido na Lei Ordinária n.º 14.010, passando a dispor “sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do coronavírus (Covid-19)”.

No que diz respeito a LGPD, o artigo 20 da Lei Ordinária n.º 14.010/2020 veio acrescentar a seguinte redação: “O caput do art. 65 da Lei n.º 13.709, de 14 de agosto de 2018, passa a vigorar acrescido do seguinte inciso I-A: Art. 65. (...) I-A – dia 1º de agosto de 2021, quanto aos arts. 52, 53 e 54;”, artigos esses que tratam justamente das sanções administrativas aplicáveis como resultado da fiscalização dos direitos elencados na LGPD.

As razões que assistiram a aprovação da MP n.º 959 e da Lei Ordinária 14.010, ambas de 2020, seguiram a realidade fatídica dos impactos do COVID-19 em relação ao prejuízo financeiro sentido por todos os brasileiros e empresas instaladas no território nacional, entretanto, a prorrogação da lei também trouxe grandes prejuízos a todos, principalmente no que diz respeito a segurança jurídica e transparência nas atividades de tratamento de dados pessoais durante a pandemia.

Ademais, distancia o Brasil da possibilidade de reconhecimento como um país adequado às diretrizes da União Europeia, que atualmente é referência mundial em legislar acerca do Direito à Proteção de Dados Pessoais.

Outro ponto que merece destaque ainda é a dificuldade política em nomear

12 Cf. PLANALTO, “Justificativas da MP n.º 959/2020, EM. n.º 00168/2020 ME”, Brasília, in Planalto.gov, 2020, texto disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Exm/Exm-MP-959-20.pdf [23.06.2020].

a Autoridade Nacional de Proteção de Dados, que, de fato, deverá ser imparcial e fundamental para a orientação e fiscalização da proteção de dados pessoais no Brasil.

Levando ainda em consideração a “nova realidade” vivenciada pela quarenta obrigatória de vários Estados e municípios, bem como a implementação de Lockdown vivido em varias localidades, o trabalho via homeoffice tem-se tornado essencial para movimentação, ainda que mínima, da economia nacional, modelo de trabalho esse que se utiliza de plataformas tecnológicas com controle de dados pessoais, que consequentemente aumenta ainda mais o tratamento de dados pessoais sem nenhuma segurança para o titular de dados.

Importante lembrar que não só o COVID-19, mas a ausência de reconhecimento dos dados pessoais como um direito fundamental também vem fragilizar a posição desse direito frente o abuso do Estado ou terceiros no tratamento de dados. Ainda que a LGPD esteja em vigor, o direito à proteção de dados pessoais merece reconhecimento pelo constituinte para que tenha mais valor no plano jurídico brasileiro.

3. Da possível consagração do direito à proteção de dados pessoais como um direito fundamental pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – A proposta de emenda à constituição (PEC) n.º 17/2019, de 03 de julho de 2019

Em 12 de março de 2019 foi apresentado ao Plenário do Senado Federal a Proposta de Emenda à Constituição (PEC), de n.º 17/2019¹³ que visa acrescentar “o inciso XII-A, ao art. 5.º, e o inciso XXX, ao art. 22, da Constituição Federal para incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos fundamentais do cidadão e fixar a competência privativa da União para legislar sobre a matéria”.

Aprovada em 2 de julho de 2019, em dois turnos, pelo Senado Federal, a Proposta de Emenda à Constituição de n.º 17/2019 (caso seja aprovada pela Câmara dos Deputados) poderá incluir o Direito à Proteção de Dados Pessoais – direito reconhecido pela Lei Geral da Proteção de Dados Pessoais, Lei n.º 13.709/2018, no inciso I, do artigo 5.º – no rol de direitos e garantias fundamentais da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

A PEC n.º 17/2019 fora aprovada em primeiro turno com 65 (sessenta e cinco) votos favoráveis, e em segundo turno com 62 (sessenta e dois) votos favoráveis. Nos dois turnos não houve votos contrários e nem abstenções. No dia 3 de julho de 2019, a PEC n.º 17/2019 fora encaminhada para votação na Câmara dos Deputados, e até então esta sem data para julgamento. A proposta fora apresentada pelo Senador Eduardo Gomes (MDB-TO), sob a alegação de que a proteção aos dados pessoais segue como uma continuação da proteção à intimidade e à privacidade. A consagração do Direito à Proteção de Dados Pessoais como um direito fundamental, formalmente constitucional, terá força para resguardar a inviolabilidade das informações dos

13 Cf. BRASIL, Proposta de Emenda à Constituição – PEC de n.º 17/2019, “Acrescenta o inciso XII-A, ao art. 5.º, e o inciso XXX, ao art. 22, da Constituição Federal para incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos fundamentais do cidadão e fixar a competência privativa da União para legislar sobre a matéria”, texto disponível em https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1773684&filename=PEC+17/2019 [19.09.2019].

brasileiros na internet.

Atualmente, tanto a doutrina quanto a jurisprudência têm pacificado entendimento no sentido de que o direito à proteção de dados pessoais segue além da proteção à vida privada do indivíduo. Algumas leis infraconstitucionais – como por exemplo a lei do Marco civil da Internet – apresentam suporte para o reconhecimento do Direito à Proteção de Dados Pessoais como um direito com garantia fundamental, materialmente constitucional, uma vez que se encontra diretamente ligado à dignidade da pessoa humana.

Para a Senadora Relatora Simone TEBET (MDB-MS), “[n]ão basta mais termos normas infraconstitucionais, precisamos agora constitucionalizar esse direito¹⁴”.

Caso seja aprovado na Câmara dos Deputados, a PEC n.º 17/2019, alterará “a Constituição Federal para incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos e garantias fundamentais e para fixar a competência privativa da União para legislar sobre proteção e tratamento de dados pessoais”, nos termos: “Art. 1.º O inciso XII do art. 5.º da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação: Art. 5.º (...) XII – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, bem como é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais; (...). Art. 2.º O caput do art. 22 da Constituição Federal passa a vigorar acrescido do seguinte inciso XXX: “Art. 22 (...) XXX – proteção e tratamento de dados pessoais”.

Portanto, resta-nos aguardar o julgamento junto da Câmara dos Deputados para que, caso seja aprovada, a Proposta de Ementa à Constituição n.º 17/2019 venha a alterar os artigos 5.º e 22, da CRFB de 1988, para incluir o Direito à Proteção de Dados Pessoais no rol de direitos e garantias fundamentais, um direito que já encontra eficácia no ordenamento jurídico brasileiro como um direito fundamental materialmente constitucional.

4. O reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal (STF) do direito fundamental à proteção de dados pessoais

Em importantíssimo julgamento de cinco Ações Direitas de Inconstitucionalidade (ADIns n.º 6387, 6388, 6389, 6393, 6390), que certamente marcará para sempre a história do Direito à Proteção de Dados Pessoais no Brasil, o Supremo Tribunal Federal (STF), nas datas de 06 e 07 de maio de 2020, por decisão da maioria dos votos, referendou a liminar anteriormente deferida pela Relatora das ações, Ministra Rosa

14 Cf. SENADO FEDERAL, “Proteção de dados pessoais deverá ser direito fundamental na Constituição”, in Senado Federal, 2019, texto disponível em <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/07/02/protecao-de-dados-pessoais-devera-entrar-na-constituicao-como-direito-fundamental> [19.09.2019].

Weber e suspendeu a eficácia da Medida Provisória n.º 954¹⁵ de 17 de abril de 2020, que dispõe “sobre o compartilhamento de dados por empresas de telecomunicações prestadoras de Serviço Telefônico Fixo Comutado e de Serviço Móvel Pessoal com a Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, para fins de suporte à produção estatística oficial durante a situação de emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19), de que trata a Lei n.º 13.979, de 6 de fevereiro de 2020.”

As Ações Diretas de Inconstitucionalidade foram ajuizadas por partidos políticos e pela própria Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), com a finalidade de questionar dispositivos da MP n.º 954/2020, que vinha autorizar o compartilhamento de dados pessoais por empresas de telefonia com o IBGE. O objeto da MP tinha como finalidade justificar a produção oficial de estatísticas durante toda a situação de emergência pública instaurada em decorrência da pandemia do COVID-19.

Contudo, o STF acabou entendendo que a MP n.º 954/2020 poderia trazer mais riscos a direitos fundamentais como à intimidade, à privacidade, e à proteção de dados pessoais, do que benefícios a sociedade e ao Estado. Os riscos suscitados estariam ligados ao tratamento, uma vez que a MP não previa mecanismos e procedimentos para proteção das informações pessoais contra vazamentos, acessos não autorizados ou indevidos, tampouco assegura a higidez, o sigilo e o anonimato dos dados.

Para MENDES, três aspectos centrais facilitam a compreensão do peso e a importância da decisão proferida pelo STF no âmbito da proteção de dados pessoais, sendo eles: “I - O julgamento representa a superação da ideia de que existiriam dados neutros ou insignificantes, os quais não seriam objeto de tutela, e afirma a proteção constitucional ao dado pessoal; II - Houve a afirmação da existência de um direito fundamental autônomo à proteção de dados, o que implica em um duplo dever do Estado. Em sua faceta negativa, o Estado teria o dever de não interferir indevidamente nesse direito fundamental e, na positiva, de adotar medidas para assegurar esse direito; e III - A prorrogação do início da vigência da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) para maio de 2021, determinada pela Medida Provisória n. 959/2020, e a ausência de criação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) pelo governo demonstram que há, no Brasil, um fraco arcabouço institucional protetivo aos dados pessoais. Com o reconhecimento da proteção de dados como um direito fundamental autônomo pelo STF, conclui-se que essa estrutura institucional débil é antagônica a preceitos constitucionais¹⁶.”

A decisão da relatora, bem como do Plenário, não está adstrita à suspensão da MP, alias, não é por esse ponto que merece ser lembrada. Na verdade, o julgamento se

15 Cf. BRASIL, Medida Provisória n.º 954 de 17 de abril de 2020, “Dispõe sobre o compartilhamento de dados por empresas de telecomunicações prestadoras de Serviço Telefônico Fixo Comutado e de Serviço Móvel Pessoal com a Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, para fins de suporte à produção estatística oficial durante a situação de emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19), de que trata a Lei n.º 13.979, de 6 de fevereiro de 2020.”, texto disponível em http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv954.htm [23.06.2020].

16 Cf. MENDES, Laura Schertel, “Decisão histórica do STF reconhece o direito fundamental à proteção de dados pessoais”, in JOTA, 2020, texto disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/decisao-historica-do-stf-reconhece-direito-fundamental-a-protecao-de-dados-pessoais-10052020> [23.06.2020].

tornou um divisor de águas para a história do Direito à Proteção de Dados Pessoais, porque o STF veio afirmar a dimensão da proteção de dados pessoais como um direito fundamental autônomo, matéria essa que foi pela primeira vez debatida de forma tão clara pela suprema corte brasileira.

5. Considerações finais

O crescente acesso as tecnologias de informação e de comunicação, quer seja através de um computador, smartphone, tablet ou outro, tem ganhado mais espaço e importância na sociedade, inclusive, tem-se tornado essencial para a realização das mais variadas tarefas do cotidiano.

VERONESE e CUNHA bem apresentam que “[a] evolução tecnológica, ao tempo em que possibilita a inclusão social por meio das tecnologias de informação e comunicação, também traz novos desafios, tanto para empresas como para os Estados e as sociedades¹⁷”.

As violações pelo uso ou compartilhamento não consentido dos dados pessoais são reais e acontecem em proporções gigantescas no mundo virtual, e isso acontece, principalmente, pela falta de regulamentação específica de um Direito com garantia fundamental que vise à Proteção de Dados Pessoais.

Falando em normas jurídicas relacionados a esse direito, no Brasil, os avanços são recentes, quando comparado com as legislações internacionais, pois, conta apenas com a lei que instituiu o Marco Civil na Internet, Lei n.º 12.935/2014 e seus Decretos n.º 8.771, 8.777 de 2016, e a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, Lei n.º 13.709/2018 e suas alterações, sendo essa última, a única lei específica, que veio apresentar os dados pessoais como um direito autônomo e que destaca a sua devida proteção.

De outro modo, conforme dito, o Brasil não consagra formalmente o Direito da Proteção de Dados Pessoais como um Direito Fundamental pela Constituição Federal, contudo, há em trâmite junto à Câmara dos Deputados, a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) n.º 17/2019, que já fora aprovada pelo Senado Federal e, se aprovada (pela Câmara dos Deputados), alterará o artigo 5º, para incluir no inciso XI, à proteção de Dados Pessoais como um Direito Fundamental, bem como alterar o artigo 22, para incluir no inciso XXX, o direito à proteção e tratamento dos dados pessoais.

Todavia, tanto o Supremo Tribunal Federal, em julgamento inédito, quanto a doutrina e algumas jurisprudências recentes dos tribunais brasileiros têm firmado entendimento de que há sim a consagração de forma implícita na CRFB de 1988, à Proteção de Dados Pessoais como um Direito subjetivo Fundamental, ainda que materialmente constitucional, ou seja, como um Direito Fundamental Autônomo e não mais relacionado aos Direitos Fundamentais à intimidade e à vida privada.

Principalmente agora, durante a pandemia do COVID-19, é importante que o direito à proteção de dados pessoais seja reconhecido como um direito autônomo

17 Cf. VERONESE, Alexandre e CUNHA, Marcelo, “Desafios do comércio eletrônico no Brasil: integração vertical entre fornecedores e meios de pagamentos, proteção de dados pessoais e cooperação regulatória internacional”, Braga, UNIO - EU Law Journal, vol. 4, nº. 2, 2018.

e independente, que também tem como objetivo garantir a dignidade da pessoa humana, a fim de assegurar proteção a cada cidadão brasileiro e estrangeiro (dentro do território nacional) contra os perigos que resultam das estruturas do poder do Estado e das empresas públicas e privadas, tanto território brasileiro quanto internacional (por empresas que façam a coleta dos dados no Brasil, mas que o tratamento aconteça no exterior), diante do assustador aumento do tratamento e uso de Dados Pessoais, bem como a conexão (com e sem consentimento) desregrada desses com empresas internacionais.

Referências Bibliográficas

GLOBAL PRIVACY ASSEMBLY - GPA, “Statement by the GPA Executive Committee on the Coronavirus (COVID-19) pandemic”, Nova Zelândia, in GlobalPrivacyAssembly.org, 2020, texto disponível em <https://globalprivacyassembly.org/gpaexco-covid19/> [23.06.2020].

EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD - EDPB, “Statement on the processing of personal data in the context of the COVID-19 outbreak”, de 19 de março de 2020, texto disponível em https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/files/file1/edpb_statement_2020_processingpersonaldataandcovid-19_en.pdf [23.06.2020]

HAARETZ, “Israeli Coronavirus Surveillance Explained: Who’s Tracking You and What Happens With the Data”, Israel, in Haaretz.com, 2020, texto disponível em <https://www.haaretz.com/amp/israel-news/.premium-israeli-coronavirus-surveillance-who-s-tracking-you-and-what-happens-with-the-data-1.8685383> [23.06.2020].

MENDES, Laura Schertel, “Decisão histórica do STF reconhece o direito fundamental à proteção de dados pessoais”, in JOTA, 2020, texto disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/decisao-historica-do-stf-reconhece-direito-fundamental-a-protecao-de-dados-pessoais-10052020> [23.06.2020].

MINISTÉRIO DA SAÚDE, “Sobre a doença”, in Ministério da Saúde, Brasil, 2020, texto disponível em <https://coronavirus.saude.gov.br/sobre-a-doenca#o-que-e-covid> [23.06.2020].

MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS - MPDFT, “Unidades de saúde devem resguardar identidade de vítimas fatais da Covid-19”, Distrito Federal, in MPDFT, 2020, texto disponível em <https://www.mpdft.mp.br/portal/index.php/comunicacao-menu/sala-de-imprensa/noticias/noticias-2020/noticias-covid/11801-unidades-de-saude-devem-resguardar-identidade-de-vitimas-fatais-da-covid-19> [23.06.2020].

NATURE, “Coronavirus contact-tracing apps: can they slow the spread of COVID-19?”, Singapore, In Nature.com, 2020, texto disponível em: <https://www.nature.com/articles/d41586-020-01514-2> [23.06.2020].

PLANALTO, “Justificativas da MP n.º 959/2020, EM. n.º 00168/2020 ME”, Brasília, in Planalto.gov, 2020, texto disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Exm/Exm-MP-959-20.pdf [23.06.2020].

SENADO FEDERAL, “Proteção de dados pessoais deverá ser direito fundamental na Constituição”, in Senado Federal, 2019, texto disponível em <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/07/02/protecao-de-dados-pessoais-devera-entrar-na-constituicao-como-direito-fundamental> [19.09.2019].

VERONESE, Alexandre e CUNHA, Marcelo, “Desafios do comércio eletrónico no Brasil: integração vertical entre fornecedores e meios de pagamentos, proteção de dados pessoais e cooperação regulatória internacional”, Braga, UNIO - EU Law Journal, vol. 4, nº. 2, 2018.

Metodologia híbrida de ensino nos cursos de direito do Brasil: análise do ensino híbrido no curso de direito em tempos de pós-pandemia do covid-19

Hybrid teaching methodology in Brazilian law courses: analysis of hybrid education in law course in post-pandemic times of covid-19

Brenno Henrique de Oliveira Ribas¹

Carolinne Cardoso Guerra²

Sumário: 1 – Introdução; 2 – Os problemas do ensino jurídico no Brasil; 3 – Metodologia híbrida de ensino nos cursos de direito do Brasil; Conclusões.

Resumo: O ensino jurídico no Brasil padece com o arcaísmo da sua metodologia de ensino, com os discentes e docentes dos cursos de direito em grande maioria desmotivados e descomprometidos. Essa problemática da educação jurídica brasileira ficou ainda mais evidenciada em tempos de pandemia do COVID-19, fazendo urgir uma modificação brusca e imediata na metodologia de educação. Para garantir a saúde dos alunos, professores e demais envolvidos no processo de ensino-aprendizagem, foi implementado o ensino à distância, com suas várias ferramentas e plataformas tecnológicas da educação. O sucesso dessa metodologia nos cursos de direito é notório, porém com ressalvas, no tocante a essência dos cursos de humanas, que faz ser necessário o contato presencial, para melhor formação social dos alunos. Logo, busca-se no presente trabalho pensar na metodologia híbrida de ensino como uma solução para os problemas da educação jurídica no Brasil. O objetivo desta pesquisa é apresentar e analisar a abordagem de ensino híbrido aplicada ao curso de direito, na direção de potencializar a capacidade e um melhor rendimento do aluno em desenvolver suas competências profissionais. A presente pesquisa é do tipo aplicada, qualitativa e dedutiva. Se buscará a resolução da problemática apresentada por meio da análise da metodologia híbrida de ensino aplicado aos cursos de direito no Brasil.

Palavras-chave: Ensino jurídico; Metodologia Híbrida; Direito; Brasil.

Abstract: Legal education in Brazil suffers from the archaism of its teaching methodology, with the majority of students and professors of law courses unmotivated and uncommitted. This issue of Brazilian legal education was even more evident in the pandemic times of COVID-19, making a sudden and immediate change in the education methodology urgently needed. To ensure the health of students, teachers and others involved in the teaching-learning process, distance learning was implemented, with its various tools and technological platforms for education. The success of this methodology in law courses is notorious, but with reservations, regarding the essence of humanities courses, which requires face-to-face contact, for better social formation of students. Therefore, the present work seeks to think of the hybrid teaching methodology as a solution to the problems of legal education in Brazil. The objective of this research is to present and analyze the hybrid teaching approach applied to the law course, in the direction of enhancing the student's capacity and better performance in developing their professional skills. This research is applied, qualitative and deductive. The resolution of the problem presented will be sought through the analysis of the hybrid teaching methodology applied to law courses in Brazil.

Keywords: Legal education; Hybrid Methodology; Law; Brazil.

1 Mestrando em Ciências Jurídicas-Publicísticas pela Universidade Lusófona do Porto. Especialista em Direito Eleitoral pela PUC-MG. Email para contato: brennoribas.jus@gmail.com.

2 Mestranda em Economia pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte - UFRN. Pós-graduada em Direito Eletrônico pela Universidade Estácio de Sá. Email para contato: guerracarolinne@gmail.com

1. Introdução

Com a suspensão das aulas em maior parte do Brasil, como estratégia para conter a pandemia do vírus SARS-CoV-2 (“coronavírus”), causador da doença COVID-19, várias instituições de ensino do país ficaram diante de um grande desafio: continuar a garantir o direito à aprendizagem durante o enfrentamento de uma epidemia que passou impedir a presença física de alunos e professores no ambiente escolar físico e tradicional.

Essa situação emergencial impulsionou o uso de tecnologias educacionais, uma vez que até instituições e cursos que não tinham a expertise nessas tecnologias e que não foram programados para serem a distância, não tiveram outra opção a não ser migrar, mesmo que “às pressas”, para o ensino remoto por causa das medidas de isolamento social.

Entre estes, encontra-se o tradicional curso de Direito, que tem quase 200 anos de existência, e no Brasil tem fortes raízes tradicionais metodológicas de ensino oriunda da renomada Universidade de Coimbra, modelo usado para criação das primeiras escolas de Direito no país, sendo uma em Olinda (que veio a ser tornar a Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco) e a outra em São Paulo (até hoje vinculada a USP)³.

De lá para cá, o número de cursos superiores de direito no Brasil cresceu consideravelmente, porém os níveis de ensino não acompanharam essa multiplicação de cursos, pelo contrário, só fizeram reduzir cada vez mais com o tempo, algo notoriamente refletido no baixo índice de aprovação dos discentes no exame da Ordem de Advogados do Brasil⁴. Entende-se, inclusive, que o arquétipo de ensino jurídico no país está fadado a criar meros reprodutores de normas, os quais são incapazes de acompanhar as transformações sociais, políticas, culturais e econômicas, como a que vivemos atualmente em razão do coronavírus.⁵

2. Os problemas do ensino jurídico no Brasil

Em verdade, o problema do ensino jurídico no Brasil não é uma discussão nova oriunda da pandemia do COVID-19, mas é algo que, sem dúvidas, ficou ainda mais em evidência nesse período, uma vez que o processo de ensino e aprendizagem jurídico, baseado no método catequético, mostrou-se extremamente limitado (para não dizer inutilizável e ultrapassado) nessa nova realidade de distanciamento social.

Discorrendo sobre o método catequético, os autores MOURA, TASSIGNY e SILVA, explicam que nele:

(...) professores entram em sala, expõem o conteúdo e fazem avaliações. O professor tem o domínio da matéria e este repassa ao aluno de forma a privilegiar o ato

3 MARQUES, Carlos Alexandre Michaello. O ensino jurídico e as novas tecnologias de informação e comunicação. Revista Educação – Vol. 13, nº 16, ano 2010. p. 200.

4 MOURA, Taísa Ilana Maia de; TASSIGNY, Mônica Mota; SILVA, Thomaz Edson Veloso. O uso da tecnologia no ensino jurídico: o método do ensino híbrido no curso de direito. Revista Univap – revista.univap.br. São José dos Campos-SP-Brasil, v. 24, n. 45, Edição Especial, 2018. p. 1.

5 SILVA, Artenira da Silva e; SERRA, Maiane Cibele de Mesquita. Juristas ou técnicos legalistas? Reflexões sobre o ensino jurídico no Brasil. Revista Quaestio Iuris vol. 10, nº. 04, Rio de Janeiro, 2017. pp. 2616-2617.

de repetição e memorização do conteúdo. Por meio de aulas expositivas, “deposita”, na cabeça do aluno, conceitos a serem cobrados; posteriormente, em avaliações, quando, então, aquele obtém o “extrato” daquilo que foi depositado.⁶

Esse método é o mais comum na educação, e, sem dúvidas, tem seu valor, ainda mais no ensino das ciências humanas e sociais, visto que propicia o contato direto entre aluno e professor, os quais podem trocar experiências profissionais e de vida, algo primordial nesse tipo de ciência.

Porém, se restringir a este modelo, é se fechar para nova realidade que vivemos, ainda mais acelerada pela pandemia, qual seja: a realidade tecnológica e da sociedade da informação. Lévy já nos dizia que um novo tempo, um novo espaço e outras maneiras de pensar e fazer educação são exigidos na sociedade da informação.⁷

É cristalino, no estudo dos autores de SILVA e SERRA, que o curso de direito no Brasil ao longo da sua existência, sofreu constantemente do mal da estagnação das suas práxis de ensino ante as constantes modificações sociais. Segundo eles:

Embora tenham ocorridos diversas alterações e propostas de modificação no que tange ao ensino jurídico no Brasil, certo é que na sala de aula, não foi observado qualquer avanço. Muitas “inovações” acabaram representando somente mais um marco normativo para mudanças que deveriam ser cumpridas de modo contingente. Assim sendo, a reprodução de uma ideologia liberal associada a uma pedagogia tradicionalista permaneceu.⁸

No mais, verifica-se no estudo a nível de tese de doutoramento de Renato Duro Dias, que o ensino jurídico encontra-se em uma crise didático-pedagógica, em razão das deficiências do ensino atual, somada a falta de comprometimento dos alunos e professores, algo que, segundo o supracitado autor pode levar os recém-formados nessa dinâmica a serem despreparados dentro do mercado de trabalho. O mesmo autor ainda assevera que “às universidades que não se arriscam e tendem a perseverarem suas práticas, querendo honrar as suas tradições, acabam por colocar em risco o futuro da própria instituição”.⁹

Logo, é de extrema relevância pensar em um novo planejamento na estrutura e na condução das aulas que vise à melhoria dos níveis educacionais dos discentes em direito. Com isso em vista, pretende-se no próximo tópico, analisar a implementação da metodologia de ensino no híbrido no Brasil.

3. Metodologia híbrida de ensino nos cursos de direito do Brasil

Ante a análise perpetrada no tópico anterior, entendemos ser relevante rever a prática didático-pedagógica preponderante nos cursos de direito do Brasil, com base na ideia de que os métodos de ensino, não importa de qual área, devem acompanhar as inovações tecnológicas.

Algo que, o contexto atual de pandemia acabou por forçar que ocorresse

6 MOURA, Taísa Ilana Maia de; TASSIGNY, Mônica Mota; SILVA, Thomaz Edson Veloso. Op. Cit. p. 71.

7 LÉVY, Pierre. As tecnologias da inteligência – o futuro do pensamento na era da Informática. São Paulo: Editora 34, 1999. p. 203.

8 SILVA, Artenira da Silva e; SERRA, Maiane Cibebe de Mesquita. Op. Cit. p. 2623.

9 DIAS, Renato Duro. Relações de Poder e Controle no Currículo do Curso de Direito da FURG. 2014. 349 f. Tese (Doutorado) - Universidade Federal de Pelotas, Pelotas, 2014. p. 75

apressadamente. Por tal razão, observamos os cursos de direito, mesmo que a “contragosto”, tendo que implementar pelo menos o básico das inovações tecnológicas na área da educação em seus processos de ensino e aprendizagem, de forma a possibilitar a continuidade das aulas de maneira remota.

Esse importante passo, mesmo que dado ao acaso e de forma forçada, deverá, após o término do isolamento, ser retrocedido? Entendemos que não. O caminho deveria ser o oposto, ou seja, deveria-se investir ainda mais nas transformações tecnológicas na educação, de modo que possam atender às necessidades das novas gerações. Aliás, será que essa não é a raiz do problema apresentado por DIAS? Nesse contexto, na tentativa de solucioná-lo, apresentamos a metodologia de ensino híbrido.

Ab initio, salutar esclarecer que não se trata de um método que promove a mera incorporação tecnológica. Em verdade, o ensino híbrido promove a união do modelo de sala de aula tradicional com as vantagens da educação online, fazendo da tecnologia uma aliada ao ensino presencial. Trata-se da união de diferentes metodologias de ensino, com a finalidade de aprimorá-lo e torná-lo mais eficiente.¹⁰

Trata-se de uma forma de conciliar o melhor dos dois mundos, do tradicional e do inovador, com o intuito claro de alavancar uma melhora na forma de se ensinar direito no país, sem esquecer de satisfazer a nova geração de alunos e professores.

Assim como MOURA, TASSIGNY e SILVA os quais afirmaram que o método catequético “não é de um todo descartável”¹¹, também entendemos que não é o caso de se substituir totalmente este método, uma vez que há muito valor na metodologia catequética, ainda mais nas ciências sociais. Porém, verifica-se a necessidade de uma ‘repaginação’ para atender melhor os tempos atuais, uma vez que, sem dúvidas, o ensino à distância e as novas tecnologias da educação também têm seu valor e têm muito a oferecer ao curso de direito.

Sobre esse assunto, ALMEIDA cita algumas das vantagens do ensino à distância (EAD), quais sejam:

(...) à flexibilidade do tempo, quebra de barreiras espaciais, emissão e recebimento instantâneo de materiais, o que permite realizar tanto as tradicionais formas mecanicistas de transmitir conteúdos, agora digitalizados e hipermediáticos, como explorar o potencial de interatividade das TIC e desenvolver atividades à distância com base na interação e na produção de conhecimento.¹²

Porém, como dito alhures, nossa intenção não é propor a implementação do EAD no lugar do ensino presencial. Busca-se, em verdade, integrar as duas modalidades de formação, com vistas a melhorar a prática didática e pedagógica do curso de direito. Em outras palavras, o que se propõe é a metodologia híbrida.

Na lição de Horn Stacker, o ensino híbrido é “qualquer programa educacional formal no qual um estudante aprende, pelo menos em parte, por meio do ensino on-line, com algum elemento de controle dos estudantes sobre o tempo, o lugar, o

¹⁰ DIAS, Renato Duro. Op. Cit. p. 63.

¹¹ MOURA, Taísa Ilana Maia de; TASSIGNY, Mônica Mota; SILVA, Thomaz Edson Veloso. Op. Cit. p. 71.

¹² ALMEIDA, Maria Elizabeth Bianconcini de. Educação à distância na internet: abordagens e contribuições dos ambientes digitais de aprendizagem Educação e Pesquisa, São Paulo, v.29, n.2, p. 327-340, jul./dez. 2003. p. 330.

caminho e/ou ritmo”¹³

Essa metodologia foi empregada durante o período de pandemia, com uso de plataformas digitais, como o moodle e o google classroom. Só o uso dessas plataformas, já representam um grande avanço no ensino, pois são capazes de aumentar o leque de opções metodológicas aos docentes, bem como falar melhor a língua da nova geração de discentes.

Um exemplo disso, é a metodologia ativa da ‘sala invertida’. Sobre o tema, citamos Bergmann que nos ensina que:

a sala de aula invertida de aprendizagem para o domínio associa os princípios da aprendizagem para o domínio à tecnologia de informação para criar um ambiente de aprendizagem sustentável, replicável e gerenciável. Ao entrar em uma de nossas salas de aula, você se surpreenderá com o volume de atividades assíncronas. Basicamente, todos os alunos trabalham em tarefas diferentes, em momentos diferentes, empenhados e engajados na própria aprendizagem. Alguns fazem experimentos ou desenvolvem pesquisas, outros assistem a vídeos em seus dispositivos pessoais, outros se reúnem em equipes para dominar objetivos, outros interagem com o quadro branco para fazer simulações on-line, outros estudam em pequenos grupos, e há ainda outros que fazem testes ou provas no computador da escola ou em seus dispositivos pessoais. Você também verá alguns alunos trabalhando individualmente ou em pequenos grupos com o professor.¹⁴

Para além de novas ferramentas, temos no ensino híbrido uma oportunidade de convergência entre o presencial e o virtual, e, uma consequente diminuição da distância entre o professor e o aluno. Segundo Tori, com o avanço da tecnologia em EaD, em breve ficará difícil separar essas modalidades de ensino, pois elas tornar-se-ão dependentes uma das outras.¹⁵

Desta feita, deve-se avançar na implementação do ensino híbrido nos cursos de direito como resposta aos problemas enfrentados pelo mesmo ao longo da sua existência de quase 200 anos.

Conclusões

Sem dúvidas, devem ser buscadas soluções para os problemas de desmotivação e falta de comprometimento dos discentes e docentes no curso de direito. Para tanto, deve-se melhorar o método de ensino que hoje é, por muitos, considerado como arcaico e ultrapassado.

Nessa esteira, a metodologia de ensino híbrido se apresenta como alternativa promissora, uma vez que no contexto da pandemia do COVID-19, o uso de plataformas digitais, como o moodle e o google classroom, e outras de ferramentas tecnológicas de ensino, promoveram maior engajamento e empenho no processo de aprendizagem.

13 HORN, Michel B.; STAKER, Hearther. Blended: usando a inovação disruptiva para aprimorar a educação. Porto Alegre: Penso. 2015. p. 34.

14 BERGMANN, Jonathan; SAMS, Aaron. Sala de aula invertida: Uma metodologia ativa de aprendizagem. Trad. Afonso Celso da Cunha Serra. 1. ed. Rio de Janeiro: LTC, 2016. p. 49.

15 TORI, Romero. Educação sem distância: As tecnologias interativas na redução de distâncias em ensino e aprendizagem. São Paulo: Senac, 2010 p. 49.

Em que pese os vários desafios relacionados à implementação desse novo método de ensino, como o acesso universal a internet e as tecnologias de computação, entendemos a metodologia híbrida e EaD, como parte de uma evolução natural do processo de ensino-aprendizagem, que inevitavelmente será implementado também no tradicional curso de direito.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Maria Elizabeth Bianconcini de. Educação a distância na internet: abordagens e contribuições dos ambientes digitais de aprendizagem. *Educ. Pesqui.*, São Paulo, v. 29, n. 2, p. 327-340, Dec. 2003. Available from <<https://www.scielo.br/pdf/ep/v29n2/a10v29n2.pdf>>. access on 05 Sept. 2020. <http://dx.doi.org/10.1590/S1517-97022003000200010>

BERGMANN, Jonathan; SAMS, Aaron. Sala de aula invertida: Uma metodologia ativa de aprendizagem. Trad. Afonso Celso da Cunha Serra. 1. ed. Rio de Janeiro: LTC, 2016.

DIAS, Érika; PINTO, Fátima Cunha Ferreira. A Educação e a Covid-19. Ensaio: aval.pol. públ.Educ., Rio de Janeiro, v. 28, n. 108, p. 545-554, Sept. 2020. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-40362020000300545&lng=en&nrm=iso>. access on 05 Sept. 2020. Epub July 06, 2020.

DIAS, Renato Duro. Relações de Poder e Controle no Currículo do Curso de Direito da FURG. 2014. 349 f. Tese (Doutorado) - Universidade Federal de Pelotas, Pelotas, 2014. Disponível em: <http://repositorio.ufpel.edu.br:8080/bitstream/prefix/3348/1/DIAS%2C%20Renato%20Duro.pdf>

HOGEMANN, Edna Raquel. O futuro do Direito e do ensino jurídico diante das novas tecnologias. *Revista Interdisciplinar de Direito da Faculdade de Direito de Valença*, v. 16, n. 1, pp.105-115, jan./jun. 2018.

HORN, Michel B.; STAKER, Hearther. Blended: usando a inovação disruptiva para aprimorar a educação. Porto Alegre: Penso. 2015.

LÉVY, Pierre. As tecnologias da inteligência – o futuro do pensamento na era da Informática. São Paulo: Editora 34, 1999.

MARQUES, Carlos Alexandre Michaello. O ensino jurídico e as novas tecnologias de informação e comunicação. *Revista Educação – Vol. 13, nº 16, ano 2010.* p. 199-214.

MORIN, Edgar. Os sete saberes necessários à educação do futuro. São Paulo: Cortez, 2000.

MOURA, Taísa Ilana Maia de; TASSIGNY, Mônica Mota; SILVA, Thomaz Edson Veloso. O uso da tecnologia no ensino jurídico: o método do ensino híbrido no curso de direito. *Revista Univap – revista.univap.br*. São José dos Campos-SP-Brasil, v. 24, n. 45, Edição Especial, 2018.

SILVA, Artenira da Silva e; SERRA, Maiane Cibeles de Mesquita. Juristas ou técnicos legalistas? Reflexões sobre o ensino jurídico no Brasil. *Revista Quaestio Iuris* vol. 10, nº. 04, Rio de Janeiro, 2017. pp. 2616-2636.

TORI, Romero. Educação sem distância: As tecnologias interativas na redução de distâncias em ensino e aprendizagem. São Paulo: Senac, 2010.

Teletrabalho em domicílio: breve análise jurídica das novas questões para o Direito do Trabalho

Home teleworking: a brief legal analysis of new issues for Labour Law

Talita Corrêa Gomes Cardim¹

Sumário: Introdução. 1. Teletrabalho em domicílio. 2. Questões jurídicas em análise. 2.1 Subordinação jurídica. 2.2. Tempo de trabalho e tempo de descanso. 2.3. Privacidade e Poder de controlo. 2.4. Igualdade de Tratamento. 3. Conclusão. Referências.

Resumo: Surgem com a nova realidade tecnológica, não só novas modalidades laborais, como também novas questões para o Direito do Trabalho, sobre as quais não há uma definição clara, necessitando de soluções normativas urgentes. O presente trabalho tem como objetivo principal discutir, ainda que brevemente, as novas questões jurídicas para o Direito do Trabalho no que se refere a modalidade laboral do teletrabalho em domicílio, à luz do direito português. No primeiro capítulo são elencadas as características e regime do instituto em Portugal. Nos capítulos seguintes, são equacionadas quatro questões jurídicas relevantes identificadas, quais sejam, como configurar a subordinação jurídica no trabalho à distância, eis que o trabalhador está em seu domicílio, seguido da problemática com relação a noção de tempo de trabalho e suas implicações. A terceira questão jurídica proposta entra na esfera da privacidade do trabalhador, eis que há um choque entre os poderes normais do empregador de dirigir e supervisionar o trabalho e a defesa da privacidade. Por fim, será exposta a problemática da igualdade de tratamento entre o teletrabalhador e o trabalhador presencial. A metodologia utilizada para o desenvolvimento do artigo é a sistêmica, bem como se utiliza a pesquisa bibliográfica para o estudo.

Palavras-chave: teletrabalho; novas tecnologias; futurelaw.

Abstract: The new technological reality arises, not only new work modalities, but also new issues for labor law, on which there is no clear definition, requiring urgent normative solutions. The main objective of this work is to discuss, albeit briefly, the new legal issues for Labor Law with regard to the work modality of telework at home, in the light of Portuguese. In the first chapter, the characteristics and regime of the institute in Portugal are related. In the following chapters, four relevant legal issues identified are considered, namely, how to configure legal subordination in distance work, that is, the worker is in his domicile, followed by the problem with regard to the notion of working time and its implications. The third proposed legal issue enters the sphere of worker privacy, behold, there is a clash between the employer's normal powers to direct and supervise work and the defense of privacy. Finally, the problem of equal treatment between the teleworker and the face-to-face worker will be exposed. The methodology used for the development of the article is systemic, as well as the bibliographic research is used for the study.

Keywords: telework; new technologies; futurelaw.

¹ Mestranda em Direito das Empresas e do Trabalho pelo Instituto Universitário de Lisboa- ISCTE, Portugal. Pesquisadora membro do Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos- IBEROJUR. Advogada. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0018509136718050> Endereço eletrônico: talita.cardim.adv@gmail.com

Introdução

No final do ano de 2019, foi descoberto o novo agente do Coronavírus que provoca a doença chamada COVID-19. Devido ao seu grande potencial de contágio, em pouquíssimo tempo, o vírus ultrapassou as fronteiras daquele país revelando-se extremamente difícil de ser contido.

Diante disso, a Organização Mundial da Saúde (OMS) recomendou como principal medida preventiva, o distanciamento social, o isolamento da população e a paralisação de atividades não essenciais. Este fato foi um divisor de águas no direito do trabalho, excetuando a normalidade.

Nesse novo contexto, algumas modalidades de trabalho, que antes ocupavam um lugar secundário, ganharam proporção. O teletrabalho não era novidade, entretanto, tornou-se uma solução como o “novo” método contratual após a COVID-19.

As novas tecnologias da informação e comunicação (NTIC) trouxeram grandes benefícios nas relações laborais, contudo, ao mesmo tempo, colocam novas e complexas questões jurídicas para as quais ainda não há respostas satisfatórias.

1. Teletrabalho em domicílio

Portugal foi o primeiro país europeu a regular este regime jurídico para o setor privado e o teletrabalho foi inserido pela primeira vez no Código do Trabalho de 2003 tendo por base o Acordo-Quadro Europeu de 16.07.2002, como um contrato de trabalho especial.² Atualmente esta regulamentação é prevista em poucos artigos que não esgotam a matéria.

O legislador português define o teletrabalho como a prestação laboral realizada com subordinação jurídica, habitualmente fora da empresa e através das tecnologias de informação e comunicação, conforme prevê o artigo 165º do CT.

Menezes Leitão sustenta que uma das características desta modalidade é o reconhecimento de que certas relações de trabalho possuem especificidades que justificam regimes distintos do regime geral e uma delas é o desenvolvimento da atividade à distância, assegurada pelo uso de TIC a partir de um local que não é o espaço físico do empregador, o que nos traz inúmeras novas questões jurídicas a serem objeto de reflexão e tutela.

Com relação as características da subordinação e da distância no teletrabalho, Monteiro Fernandes destaca que ao contrário do contrato de trabalho comum onde o empregador e trabalhador partilham o mesmo espaço e de forma presencial, o teletrabalho subordinado “organiza-se de modo que o empregador ou a chefia tem, em cada momento (de um horário de trabalho), a possibilidade de transmitir instruções, acompanhar diretamente a sua execução e realizar eventuais ações corretivas, sem que se achem na presença um do outro”³.

O contrato de teletrabalho pode ainda ser originário ou superveniente. Ainda,

² Gil, Susana I. P. Ferreira dos Santos. Algumas notas sobre o eterno mundo novo: o Teletrabalho. Estudos de direito do trabalho em homenagem ao Professor António Monteiro Fernandes. Coord. Bernardo da Gama Lobo Xavier. Nova Causa, Vol. 2, 2017. Pp. 639-673.

³ Fernandes, António Monteiro. Direito do Trabalho, 19ª edição. Coimbra: Almedina, 2017, p. 210.

há três modalidades de teletrabalho: o realizado em domicílio, em centros satélite e teletrabalho móvel.⁴ Passemos a análise das problemáticas normativas.

2. Questões jurídicas

2.1 Subordinação jurídica.

Estamos diante da primeira questão jurídica em discussão: como se configura a subordinação jurídica no trabalho à distância, se este trabalhador permanece durante todo o período em seu domicílio? A subordinação consiste numa relação de dependência necessária da conduta pessoal do trabalhador na execução do contrato face às ordens, regras ou orientações do empregador.

As novas formas de organização conferem cada vez mais autonomia ao trabalhador e atenuam o sistema hierárquico, contudo, não rompem com a ideia de subordinação, ainda que a linha entre trabalho autónomo e subordinado seja cada vez mais tênue.⁵ Como bem pontuou Monteiro Fernandes, ainda em 1984⁶, reflexão a qual podemos trazer ao mundo laboral atual: “salta aos olhos, por outro lado, que a intensidade da subordinação diminui, ao menos aparentemente, embora cresça o grau de hétero-disponibilidade- tantas vezes expresso pela existência de isenção de horário de trabalho”.

A subordinação jurídica é de geometria variável, havendo necessidade da sua reconfiguração. A regulação atual é insuficiente em alguns aspectos e este conceito deve ser flexibilizado. Ora, no teletrabalho o uso das TICs, ausência física do trabalhador e noção de tempo de trabalho deixa de ser um obstáculo ao estatuto de subordinação, que era até então essencial à qualificação laboral de vínculo de emprego. Aqui, há conflito entre os artigos 12º do CT em que se tem a definição clássica de contrato de trabalho com subordinação jurídica⁷, art. 166 do CT e a nova realidade. Há uma lacuna no ordenamento jurídico.

A noção de subordinação deve experimentar uma evolução para se adaptar à realidade. Bernardo Lobo Xavier refere-se a esta lacuna como a “crise do conceito da subordinação”.⁸ O direito do trabalho deve superar esta “crise”, respeitando todos os direitos fundamentais.

São propostas possíveis soluções a partir de métodos já existentes, para sair da zona cinzenta da subordinação jurídica no teletrabalho e garantir uma tutela jurídica adequada, que revele a “subordinação virtual”.

O CT adota a presunção *iuris tantum* para a existência de contrato de trabalho,

4 Neste estudo será abordado apenas o teletrabalho em domicílio. Sobre as demais modalidades: Moreira, Teresa Coelho. Estudos de direito do trabalho. Coimbra: Almedina, 2016. Pp. 132 e 133.

5 O trabalhador autónomo trabalha no seu tempo e apresenta um resultado. Embora no trabalho subordinado, ainda que isso possa acontecer, terá o esquema de início e fim da atividade. Mesmo que não haja controlo e vigilância, há um “prestar contas”. São os vestígios de “dar conta” ao empregador que devem ser observados.

6 Fernandes, António Monteiro. Temas laborais. Coimbra: Almedina, 1984. Pp. 39 e 46.

7 São elas: que a atividade seja realizada em local pertencente ao seu beneficiário ou por ele determinado; os equipamentos e instrumentos de trabalho utilizados pertençam ao beneficiário da atividade; o prestador da atividade observe horas de início e de termo da prestação, determinadas pelo beneficiário da mesma; seja paga, com determinada periodicidade uma quantia certa ao trabalhador.

8 Xavier, Bernardo da Gama Lobo. Manual do direito do trabalho. 3ª ed. Lisboa: Rei dos Livros, 2018, Pp. 386 e ss.

sendo que até então o conflito surgia quando se estava diante da figura de um falso trabalhador independente. Nestes casos, para a determinação do regime jurídico, a jurisprudência⁹ utiliza o método indiciário. No teletrabalho será preciso enaltecer alguns dos indícios e desconsiderar outros, para se ajustar a nova realidade, tal como realizada pelos tribunais para qualificar a relação entre as partes em uma possível situação de “fuga ao direito do trabalho”.

Dentre os indícios¹⁰ utilizados pela doutrina e jurisprudência, serão listados aqui os que merecem maior atenção, que em uma situação “clássica” não configurariam trabalho por conta de outrem, mas diante da nova realidade, merece atenção do legislador para inclusão das novas possibilidades na legislação do teletrabalho.

a) A atividade seja realizada em local pertencente ao beneficiário ou por ele determinado. Aqui, o trabalho é prestado no domicílio do trabalhador, não se tratando de um local pertencente ao empregador e ainda que a determinação do artigo 12º remeta a um local diverso, mas não era intenção do legislador que este local fosse o domicílio do empregado. Ocorre que atualmente o fato de a prestação dos serviços ser realizada no domicílio não pode desconfigurar a existência de subordinação jurídica.

b) Os equipamentos e instrumentos de trabalho utilizados pertençam ao beneficiário da atividade. Este conceito não foi formulado para a realidade do teletrabalho. Em regra, os instrumentos de trabalho são fornecidos pelo empregador, mas atualmente tem-se utilizado o instrumento do empregado. Este conceito é perfeitamente aplicável às relações normais de trabalho e aqui não se está refletindo que a definição do artigo se encontra ultrapassada, mas não poderá ser aplicado às relações de teletrabalho em domicílio com o uso das TIC, sob pena de se desconfigurar uma subordinação jurídica nesta modalidade.

Para indícios de subordinação jurídica no trabalho à distância, deve-se considerar que os instrumentos de trabalho se encontram sujeitos a novas regras.

c) O prestador de atividade observe horas de início e de término da prestação, determinadas pelo beneficiário da mesma. Ora, um dos problemas jurídicos nesta relação é a vinculação a um horário de trabalho, a delimitação de um período normal para o trabalhador digital. Discute-se uma nova “concepção de tempo” introduzida com o teletrabalho.

Glória Rebelo pontua que “no teletrabalho, a ideia do ajuste entre o período normal de trabalho do trabalhador e o período de funcionamento da empresa aparece relacionada com o início e o termo do período norma de trabalho diário”.¹¹ Se este teletrabalhador deve cumprir uma carga horária, ainda que flexibilizada, está configurada a subordinação jurídica para o trabalhador digital.

d) existência de controlo externo do modo de prestação do trabalho e organização. Em que pese a maior autonomia na prestação do trabalho, que o

9 O Ac. SJ200807100011624 do STJ de 10.07.08 lista de uma forma robusta os indícios da existência da subordinação jurídica.

10 Estes “indícios” são, entre outros, a determinação pelo beneficiário do local onde é prestada a atividade, a fixação por este de um horário de trabalho, a remuneração paga periodicamente e calculada em função do tempo, a pertença dos instrumentos de trabalho ao beneficiário, o controlo por este da prestação de atividade em todas as suas fases, a inserção na organização do beneficiário, a impossibilidade de substituição, etc.

11 REBELO, Glória. Estudos de direito do trabalho 1a ed. Lisboa: Sílabo, 2019. P. 216

assemelha ao trabalhador autónomo, se o trabalhador não assume os riscos do resultado final, também está configurada a subordinação jurídica.

Conclui-se acompanhando Lobo Xavier, “o direito do trabalho do futuro, porventura, abandonará o paradigma estrito da subordinação jurídica, para integrar as situações de prestação onerosa de atividade dependente, com um regime menos tutelar, que postulam a existência de disciplina própria, mais maleável.”¹²

2.2. Tempo de trabalho e tempo de descanso.

O tempo de trabalho é um tema que teve seu estudo intensificado a nível mundial. A evolução digital, sem prejuízo das suas inúmeras vantagens, tem implicado na alteração de aspectos espaciais e temporais na prestação do trabalho.

As novas TIC trouxeram um complexo desafio para o direito laboral, eis que possibilitam que o trabalho acompanhe o trabalhador para fora do espaço/tempo profissional, invadindo seu tempo de autodisponibilidade, diluindo assim a tradicional fronteira entre vida privada e profissional.¹³

É necessário confrontar a noção disposta no artigo 197 do CT com a realidade do teletrabalho, há claramente um choque. Seria o tempo de disponibilidade do trabalhador à distância tempo de trabalho? Qual é o seu tempo de trabalho? É preciso aqui definir uma noção de tempo de trabalho própria.

Não será possível esgotar o tema referente a tempo de trabalho e descanso, na medida em que o tratamento completo é muito amplo e não cabe naturalmente, neste espaço.¹⁴

A limitação do tempo de trabalho é determinante para a saúde e a segurança do trabalhador e um fator importante da produtividade empresarial. As consequências negativas da prática quotidiana de tempos de trabalho longos já são reconhecidas, tais como como a incidências de novas doenças laborais, o karoshi, Síndrome de Burnout, entre outros.¹⁵

Há uma grande diferença entre o tempo de trabalho que ultrapassa o período normal e aquele convencionado. O que interessa saber é se trata-se de atividade prestada de acordo com o esquema pré-definido ou à margem dele, que tem aumentando no teletrabalho em domicílio através do uso das NTIC.

Para Monteiro Fernandes, “não se concebem períodos de trabalho “faz de conta” ou de “trabalho virtual”, sob pena de se admitir reivindicação de trabalho extraordinário com origem nessa “realidade virtual”, puramente imaginária do descanso poder valer como prestação de trabalho. Trata-se duma concepção juridicamente mórbida, susceptível de afectar a saúde laboral das empresas que a praticassem – com inconvenientes evidentes capazes de afectar essas empresas, e

12 Xavier, Bernardo da Gama Lobo. Manual do direito do trabalho. 3ª ed. - Lisboa: Rei dos Livros, 2018. P. 388

13 AMADO, João Leal, “Tempo de trabalho e tempo de vida: sobre o Direito à Desconexão Profissional”, in Trabalho sem fronteiras? O papel da Regulação, Coordenação Manuel M. Roxo, Almedina, Coimbra, 2017. P. 119.

14 Para pormenores: O tempo de trabalho: comentário aos artigos 197o a 236o do código do trabalho: [revisto pela Lei no 23-2012, de 25 de Junho]. Francisco Liberal Fernandes. 1a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

15 FERNANDES, Francisco Liberal. “Tempos de trabalho e descanso”, in Tempo de trabalho e tempos de não trabalho : o regime nacional do tempo de trabalho à luz do direito internacional / APODIT; coord. Maria do Rosário Palma Ramalho, Teresa Coelho Moreira. Lisboa : AAFDL, 2018. P. 11

por tabela os respectivos trabalhadores.”¹⁶

Deverá haver para esta nova realidade uma definição intermediária e própria, assim como ocorre, por exemplo, com os transportadores rodoviários que a legislação consagra um tempo de disponibilidade próprio.

Se uma das vantagens do teletrabalho seria a conciliação entre vida privada e profissional, deve haver regulamentação específica acerca de uma nova noção de tempo de trabalho no teletrabalho em domicílio.

Para o futuro, alguns conceitos devem ser revistos, como fez a Espanha através do Real Decreto-lei nº 28/2020, art. 13 e 14, sendo um contributo a ser observado por outros países, dispondo sobre o direito a horas flexíveis, em conformidade com os tempos de disponibilidade obrigatórios e as normas de tempo de trabalho e descanso no trabalho remoto.

2.3. Privacidade e Poder de controlo

Um dos principais problemas jurídicos atuais no teletrabalho é conciliar a garantia da privacidade do trabalhador e o poder de controlo do empregador nos casos em que os meios eletrônicos são utilizados no trabalho em domicílio.

A lei proíbe os meios de vigilância à distância, conforme artigo 20 do CT, embora com desvios. Contudo, se há subordinação no trabalho à distância, há um choque entre os poderes normais do empregador de dirigir e supervisionar o trabalho e a defesa da privacidade do trabalhador.

Os direitos fundamentais na Constituição possuem plena eficácia no âmbito da relação de trabalho, sendo que apenas interesses legítimos e relevantes de controlo do empregador impõe limites aos direitos fundamentais, devendo esses limites “limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”.¹⁷

Qualquer restrição aos direitos fundamentais do trabalhador deve respeitar os princípios da necessidade, adequação e proibição do excesso, não podendo ser realizada de forma inadequada, desnecessária ou excessiva, sob pena de se contrariar o art. 18, 2 da CRP.

Em Portugal o direito à vida privada está tutelado no art. 26 da CRP e a proteção não é restrita ao Direito Constitucional, sendo garantida expressamente também no Direito civil, penal e laboral (arts. 14 a 22 e 170, CT)¹⁸.

O poder de controlo deve conciliar-se tanto com exigências de legalidade, lealdade, proporcionalidade e boa fé, como da devida proteção da dignidade e privacidade dos trabalhadores.

¹⁶ FERNANDES, António Monteiro. Direito do Trabalho, 19ª edição. Coimbra: Almedina, 2019. P. 509

¹⁷ ABRANTES, José João. Direitos Fundamentais como limites dos poderes empresariais. Estudos do Instituto de Direito do Trabalho. Pedro Romano Martinez, Luís Gonçalves da Silva. Coimbra: Almedina, 2020. P. 18

¹⁸ No direito internacional temos a garantia deste direito no art. 12 da Declaração Universal de Direitos do Homem, art. 17 do Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos, Convenção do Conselho da Europa para a proteção de dados pessoais automatizados e as Linhas Diretrizes Regulamentadoras da OCDE da proteção da vida privada e dos fluxos de dados pessoais, art. 7º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e artigo 8º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, que é considerado um dos mais importantes, já que todas as questões levadas ao Tribunal Europeu dos Direitos do Homem são decididas com base neste artigo.

A questão do controlo colocada aqui, constitucionalmente legítima, não é problematizada ou questionada em relação a sua existência, mas quanto a sua limitação e equilíbrio para a não violação a direitos fundamentais.

As principais questões que merecem atenção do legislador referem-se a gravação de imagens e som através do instrumento de trabalho, instalação de programas nos instrumentos do trabalhador e empregador e a inviolabilidade do domicílio.

De pronto, é unânime que a vigilância no computador viola o art. 20, 1 e 3 do CT - e aqui falamos do controlo por camaras e som do instrumento de trabalho na residência do trabalhador, atentando contra a privacidade dos trabalhadores, até porque o aparelho não irá distinguir entre a captação de uma conversa e imagem no horário de trabalho e de descanso.

Teresa Moreira defende a licitude apenas se observado o princípio da proporcionalidade e da boa-fé constante nos arts. 102 e 126 do CT e 762 do CC, com o conhecimento prévio por parte dos trabalhadores.

A escolha dos meios de controlo por parte do empregador deverá obedecer aos princípios da necessidade, suficiência, razoabilidade, proporcionalidade e boa-fé, com formas de controlo com menor impacto sobre os direitos fundamentais e que atenda interesses que não ultrapassem os limites da subordinação técnica e através de programas regulados.¹⁹ Do contrário, este controlo estaria sendo realizado diretamente sobre o trabalhador.

E se o trabalhador utiliza instrumentos e equipamentos pessoais, a esta situação se aplicaria na íntegra o direito de confidencialidade do art. 22, do CT? No trabalho em domicílio, não é possível distinguir com clareza as atividades de um indivíduo que fazem parte da sua vida profissional ou comercial das que não fazem. Ao trabalhar com instrumentos próprios, não pode o empregador obrigar o trabalhador instalar programas de controlo.

Pode-se falar de um direito à privacidade do trabalhador sobre o “espaço virtual” na memória do computador ou servidor da empresa.”²⁰ A regulamentação atual não foi pensada de forma alguma para o regime do teletrabalho em domicílio e novamente o Real Decreto-Lei 28/2020 espanhol, artigo 17, 2 traz um contributo ao prever expressamente esta questão.

Por fim, durante muito tempo a inviolabilidade do domicílio foi predominantemente considerada apenas do prisma do processo penal, contudo, a tutela do domicílio abrange um domínio mais vasto, tanto na justiça civil, como na justiça do trabalho. E essa proibição é plenamente justificada, ainda mais quando se trata de equacionar o acesso ao domicílio do teletrabalhador.

Ainda que o art. 170 do CT permita a visita física do empregador em certo horário, diante das NTIC considera-se que o acesso por vídeos e câmaras de computador seria uma nova forma inviolabilidade do domicílio a qualquer horário, sem justificativa. Ainda que o empregador não adentre fisicamente, a invasão é realizada virtualmente.

19 RODRIGUES, Patrícia Pinto. O teletrabalho: enquadramento jus-laboral; Estudos de direito do trabalho. org. António Monteiro Fernandes. 1a ed.: Coimbra Editora : Wolters Kluwer Portugal, 2011. Pp. 116.

20 MOREIRA, Teresa Coelho. A privacidade dos trabalhadores e as novas tecnologias de informação e comunicação: contributo para um estudo dos limites do poder de controlo electrónico do empregador. Coimbra, Almedina, 2010. P. 639.

A inclusão de uma regra específica para o teletrabalho à distância não significa haver a inaplicabilidade dos regimes gerais. É necessário regular novo conceito de invasão virtual ao domicílio.

Não podemos deixar de lado que o empregador deve controlar os tempos de trabalho dos trabalhadores, sendo obrigatório conforme decisão do Ac. do Tribunal de Justiça da União Europeia nº 55/18 de 14.05.2019, para evitar a porosidade de acidentes de trabalho e invasão da fronteira de tempo de vida pessoal pelo tempo de trabalho, mas o trabalho à distância subordinado favorece a ocorrência da invasão de privacidade e assim torna-se necessário novas normas e regras que respeitem os poderes de organização do empregador e também a privacidade do trabalhador.

2.4. Igualdade de tratamento.

O art. 169, CT garante o direito à igualdade no teletrabalho. Mas até que ponto pode existir a igualdade com os trabalhadores presenciais e quando poderá sofrer desvios?

Com relação a produtividade, não é crível que possa existir desvios no tratamento, até porque há garantia legal dos limites do período normal de trabalho.²¹ Exigir por exemplo uma maior produtividade aos teletrabalhadores, implicaria por certo um aumento do tempo de trabalho, já que não é porque este trabalha em sua residência, com maior dificuldade de controlo do tempo de trabalho, que está autorizado laborar por um período superior ao período normal.

A igualdade na expectativa profissional é garantida pelo princípio da equiparação de tratamento entre teletrabalhador e presencial e não poderá ser violada.

Quanto a formação, nos parece que está autorizada desigualdade, já que o trabalhador presencial não necessita de formação específica para operar instrumentos de TIC em domicílio ou aparelhos que sejam necessários para a realização do trabalho à distância. Seria o caso de a igualdade na formação poder sofrer um desvio.

Mais um exemplo de desigualdade é garantia da inamovibilidade do local de trabalho no regime geral. Faz sentido ser aplicada ao empregado no teletrabalho em domicílio? Claramente não. Ainda, não parece que o teletrabalhador faça jus ao auxílio transporte e alimentação, ao contrário do trabalhador que se desloca para o estabelecimento do empregador.

Quanto ao acesso ao domicílio, claramente incide em um tratamento desigual, eis que permite a visita do empregador. Mas não seria o teletrabalho uma modalidade de labor diferente do trabalho na sede do empregador? Sendo uma modalidade desigual, não estaria autorizada a desigualdade na forma de controlo e vigilância? O entendimento é que embora a forma de controlo não seja igual, não pode haver violação a direitos fundamentais da pessoa humana e do trabalhador.

Entende-se possível o tratamento desigual em algumas situações conforme

²¹ Contudo, há países com claros abusos de desigualdade, como é o caso do Brasil, em que Resoluções e Instruções Normativas dispõem o contrário, exigindo maior produtividade do empregado que labora de forma remota, o que nos leva a desigualdade de tratamento, conectividade extrema do trabalhador e ausência de períodos de desconexão. A exemplo, Instrução Normativa n. 74 de 19.02.19, “Art. 5º: A meta de desempenho do servidor em regime de teletrabalho será de, no mínimo, 15% (quinze por cento) superior à estipulada para os servidores que executarem as mesmas atividades nas dependências do CNJ.

descrito acima, contudo jamais na questão de produtividade, salários, acessos à promoção, etc.

Deve restar claro na legislação quais são as situações em que estes trabalhadores não são iguais e por isso podem ser tratados de forma desigual e as situações em que devem ser tratados de forma igual, com uma adequada regulamentação quanto as especificidades do teletrabalho, que implicam em respostas diferenciadas.

Isso porque, o princípio da igualdade de tratamento não significa uma completa igualação. Não se pode entender que a igualdade deve ser absoluta, pois haverá situações em que exceções são comportadas. Nesse sentido, temos o entendimento de Celso Antonio Bandeira de Mello²² “as discriminações são recebidas como compatíveis com a cláusula igualitária apenas e tão somente quando existe um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição.”

Assim, muito mais do que a garantia ao direito de igualdade, é necessária resposta normativa às formas de exceção autorizadas, para que não seja uma desigualdade no sentido pejorativo, mas um conceito de tratamento específico aos teletrabalhadores, sendo efetivamente regulada as situações autorizadas de “desigualdade” e seus limites.

3. Conclusão

Os novos desafios para o direito laboral são inúmeros e complexos e o direito do trabalho deve dar respostas adequadas e acompanhar a nova realidade. O trabalho na era digital só pode ser verdadeiramente um sucesso se estiver em sintonia com as necessidades dos trabalhadores e em conformidade com o conceito de trabalho decente.

Não se defende um retrocesso em matéria de evolução dos meios de trabalho com as NTIC, mas deve haver a observância à dignidade dos trabalhadores e de direitos fundamentais que tão duramente foram conquistados, sob pena de nos encaminharmos para um futuro de incertezas no direito do trabalho.

É assim que chegamos ao futuro, no qual o direito do trabalho terá que se adaptar e criar novos conceitos para novas situações. Um novo conceito de subordinação jurídica no teletrabalho, novo conceito de tempo de trabalho, de controlo, etc. Não pode haver um trabalho no presente e do futuro com uma regulamentação trabalhista engessada do passado.

A atual incorporação das novas tecnologias no teletrabalho constitui, sem dúvida, um desafio de primeira ordem para o direito do trabalho do futuro. Cabe aos juslaboralistas encontrar um equilíbrio entre as novas tecnologias e direitos fundamentais.

22 MELLO, Celso Antonio Bandeira. O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade. 3ª. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. P. 17.

Referências

- ABRANTES, José João. Direitos Fundamentais como limites dos poderes empresariais. Em Estudos do Instituto de Direito do Trabalho; Pedro Romano Martinez, Luís Gonçalves da Silva. Coimbra: Almedina, 2020.
- AMADO, João Leal, “Tempo de trabalho e tempo de vida: sobre o Direito à Desconexão Profissional”, in Trabalho sem fronteiras? O papel da Regulação, Coordenação Manuel M. Roxo, Almedina, Coimbra, 2017.
- FERNANDES, António Monteiro. Direito do Trabalho, 19ª edição. Coimbra: Almedina, 2019.
- FERNANDES, António Monteiro. Temas laborais. Coimbra: Almedina, 1984.
- FERNANDES, Francisco Liberal. O tempo de trabalho: comentário aos artigos 197o a 236o do código do trabalho: revisto pela Lei no 23-2012, de 25 de Junho. 1ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.
- FERNANDES, Francisco Liberal. “Tempos de trabalho e descanso”, in Tempo de trabalho e tempos de não trabalho: o regime nacional do tempo de trabalho à luz do direito internacional / APODIT; coord. Maria do Rosário Palma Ramalho, Teresa Coelho Moreira. Lisboa: AAFDL, 2018.
- GIL, Susana I. P. Ferreira dos Santos. Algumas notas sobre o eterno mundo novo: o Teletrabalho. Estudos de direito do trabalho em homenagem ao Professor António Monteiro Fernandes. Coord. Bernardo da Gama Lobo Xavier. Nova Causa, Vol. 2, 2017. Pp. 639-673.
- MARTINEZ, Pedro Romano Código do trabalho: anotado. 9a ed. Coimbra: Almedina, 2013.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira. O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade. 3ª. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.
- MOREIRA, Teresa Coelho. A privacidade dos trabalhadores e as novas tecnologias de informação e comunicação: contributo para um estudo dos limites do poder de controlo electrónico do empregador. Coimbra, Almedina, 2010.
- MOREIRA, Teresa Coelho. Estudos de direito do trabalho. Coimbra: Almedina, 2016.
- REBELO, Glória. Estudos de direito do trabalho. 1a ed. Lisboa : Sílabo, 2019.
- RODRIGUES, Patrícia Pinto. O teletrabalho: enquadramento jus-laboral; Estudos de direito do trabalho. org. António Monteiro Fernandes. 1a ed. Coimbra Editora: Portugal, 2011.
- XAVIER, Bernardo da Gama Lobo. Manual do direito do trabalho. 3ª ed. Lisboa: Rei dos Livros, 2018.

A obsolescência do fundo eleitoral brasileiro e a crise da efetividade dos direitos humanos

The obsolescence of the brazilian electoral fund and the crisis of the effectiveness of human rights

Allan Thiago Barbosa Arakaki¹

Sumário: 1. O Fundo Eleitoral e a tradicional forma de campanha eleitoral no Brasil; 2. Novos paradigmas na campanha eleitoral brasileira: o efeito Bolsonaro e a pandemia da COVID-19; 3. A obsolescência do Fundo Eleitoral brasileiro e a crise de efetividade dos direitos humanos no contexto de pandemia de COVID-19; Considerações Finais; Referências.

Resumo: O presente artigo analisa o futuro dos fundos eleitorais, por meio da possibilidade de superação da finalidade destes para o financiamento das campanhas eleitorais à luz do princípio da dignidade da pessoa humana e dentro do contexto de pandemia de COVID-19. Significa aqui verificar se, diante da realidade inaugurada com o coronavírus, consubstanciada numa crise socioeconômica agravante, poderiam ser vertidos os valores destinados aos fundos públicos de campanhas eleitorais para financiar políticas públicas, garantindo concretude maior aos direitos sociais, como o direito à saúde, bem como resguardando o mínimo existencial. As evidências extraídas das campanhas eleitorais de 2018 e 2020 demonstraram que houve um importante direcionamento das ações para o ambiente digital, fato que, de modo imperioso, conduz à conclusão de que é desnecessária a manutenção de uma reserva bilionária para custear, por exemplo, material impresso ou cabos eleitorais. Não se procura aqui questionar a importância das campanhas eleitorais para a consolidação da democracia, mas apenas verificar a eficiência diante do sistema de financiamento de campanhas implantado e a dinâmica exurgida pela COVID-19. Para tanto, faz-se uma pesquisa bibliográfica, bem como se emprega o método dedutivo. O referencial teórico utilizado é a Constituição Federal de 1988, as leis eleitorais, bem como a efetividade dos direitos sociais.

Palavras-chave: Fundo Eleitoral; Democracia; Direitos Humanos; Efetividade constitucional.

Abstract: This article examines the possibility of overcoming the purpose of public funds for financing election campaigns in the light of the principle of human dignity and within the context of the COVID-19 pandemic. It means verifying whether, in view of the reality inaugurated with the coronavirus, embodied in an aggravating socioeconomic crisis, the values destined to public funds of electoral campaigns to finance public policies could be poured, guaranteeing greater concreteness to social rights, such as the right to health, as safeguarding the existential minimum. The evidence from the 2018 and 2020 election campaigns demonstrated that there was a shift towards the digital environment, which is why there is no need to maintain a reserve of billions of Reais to fund printed material or canvassers, for example. There is no attempt here to question the importance of electoral campaigns for the consolidation of democracy, but only to verify the efficiency in face of the campaign financing system implemented and the dynamics developed by the COVID-19. For this, a bibliographic search is made, as well as the deductive method is used. The theoretical framework used is the Federal Constitution of 1988, the electoral laws, as well as the effectiveness of social rights.

Keywords: Electoral Fund; Democracy; Human Rights; Constitutional effectiveness.

¹ Mestrando em Direito pela UNIMAR – Universidade de Marília, Master em Fundamentos da Responsabilidade Civil pela Universitat de Girona. Especialista em Direito Público pela Uniderp-Anhanguera e Especialista em Ciências Criminais e em Segurança Pública pela Faculdade CERS. Promotor de Justiça do MP/MS. E-mail: allanarakaki@hotmail.com

1. O fundo eleitoral e a tradicional forma de campanha eleitoral no Brasil

No atual sistema eleitoral brasileiro, inexistia a possibilidade da candidatura avulsa, posto que a filiação a uma agremiação partidária é condição expressa de elegibilidade, nos termos do art. 14, §3º, V, da Constituição Federal (CF). Nesse contexto, a criação de partidos se avolumou no sistema eleitoral nacional, chegando-se a 33 partidos políticos atualmente em atividade do Brasil².

Ante as relevantes funções assumidas pelas agremiações partidárias para o funcionamento da democracia brasileira³, entre as benesses a que fazem jus aquelas encontra-se justamente a percepção de recursos financeiros do Fundo Especial de Assistência Financeira aos Partidos Políticos (Fundo Partidário ou FP), previsto no art. 38 da Lei n. 9.096/95⁴, bem como do Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC).

Ocorre que a lógica dentro da qual o fundo público fora previsto, inicialmente pela Lei n. 4.740/65 e mais tarde pela Lei n. 9.096/1995⁵, aponta para um modo tradicional de campanha eleitoral, caracterizado pela contratação de cabos eleitorais e pessoas para trabalharem na dinâmica presencial fisicamente, sem prejuízo da confecção de diversas bandeiras com a imagem e número do candidato, impressão de variados panfletos ou papéis com propostas, imagem e/ou número daquele, chamados de “santinhos”.

Diante, contudo, da incorporação de novas tecnologias, sobretudo, da difusão da acessibilidade da internet, da ascensão de uma política de inclusão digital em mídias sociais – como facebook, instagram e whatsapp – que se disseminou no País, verificou-se uma mudança substancial da dinâmica da campanha eleitoral, desde a criação do FP até as campanhas atuais, demonstrando claramente que o futuro do Direito Eleitoral brasileiro exigirá, cedo ou tarde, uma rediscussão das finalidades daquele, sobretudo, por questões de eficiência econômica.

Sem se coadunar, contudo, com a necessidade de racionalização dos gastos públicos, mais tardiamente a Lei n. 13.487/2017, em razão da proibição de doação de empresas privadas às campanhas eleitorais pela Suprema Corte brasileira (ADI 4650), aprovou ainda a criação de outro fundo, denominado de Fundo Especial de Financiamento de Campanha, constituído por dotações orçamentárias da União (art. 16-C), a cujos valores as agremiações partidárias fazem jus de igual maneira,

2 Consoante dados do Tribunal Superior Eleitoral. Cf. BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Partidos políticos registrados no TSE. Brasília, DF, [2020]. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/partidos/partidos-politicos/registrados-no-tse/>.

3 Compreende as atividades de competição efetiva de cargos (vote-seeking), ostentação de ideologias específicas sem preocupação com o resultado final eleitoral (policy-seeking), composição com governos, sem lançamento de candidatos para cargos majoritários (office-seeking). Cf. SCHAEFER, Bruno Marques. As lógicas de distribuição do fundo partidário: centralização e nacionalização dos partidos brasileiros (2011-2015). 2018. Dissertação (Mestrado em Ciências Políticas). Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2018, p. 67.

4 O FP é integrado, segundo o dispositivo legal, por multas e penalidades aplicadas pela Justiça Eleitoral (I), recursos financeiros destinados por lei (II), doações de pessoa física (III), dotações orçamentárias da União. Mediante o registro do Estatuto da agremiação partidária e criado o partido, terá direito, ainda que mínima, a uma cota do Fundo Eleitoral, cuja ratio legis é de efetuar o pagamento das despesas ordinárias do partido, bem como pode ser usado o recurso para a campanha eleitoral.

5 BRAGA; Maria do Socorro Sousa; BOURDOUKAN, Adla. Partidos políticos no Brasil: Organização partidária, competição eleitoral e financiamento público. Revista Perspectivas. São Paulo, v. 35, pp. 117-148, jan/jun. 2009, p. 128-129.

observando a proporcionalidade⁶.

2. Novos paradigmas na campanha eleitoral brasileira: o efeito Bolsonaro e a pandemia de Covid-19

A Campanha eleitoral que se mostrou determinante para a mudança do paradigma do marketing político no Brasil foi a de 2018, nas eleições nacionais, nas quais se sagrou como vitorioso para a Chefia do Poder Executivo Federal o atual Presidente Jair Messias Bolsonaro.

Com efeito, no panorama de competição ocorrida entre os candidatos à época, divulgou-se que o partido político pelo qual o então candidato Jair Bolsonaro concorreu gastou apenas o valor de R\$ 100 mil do FEFC⁷, porquanto focou substancialmente em uma divulgação ostensiva na internet, o que permitiu acesso a vários eleitores que possuísssem ideias afins, tornando sua campanha mais robusta e, conseqüentemente, um dos motivos que auxiliou a sua vitória nas urnas.

Tal cenário seria impensável na época da concepção do FP, bem como da aprovação do FEFC. Com efeito, o resultado das eleições presidenciais de 2018 demonstrou que o marketing pessoal-presencial e a forma de campanhas eleitorais tradicionais, extremamente caras, estavam ultrapassados e, simultaneamente, desenvolveu-se uma fórmula mais eficiente, centrada esta na incorporação maciça das tecnologias e mídias sociais às campanhas eleitorais.

Outro item que demonstra o surgimento de uma reformulação dos métodos de campanha eleitoral se centrou nas eleições municipais de 2020, quando então estavam em disputas os cargos de vereança e de Prefeito Municipal. Ora, mesmo perante a crise pandêmica de coronavírus, contando o Brasil com um número assombroso de infectados e mortos⁸, o Congresso Nacional decidiu manter a realização do pleito para o mesmo ano, apenas flexibilizando a data.

Pois bem, a situação em testilha fez com que alguns Tribunais Regionais Eleitorais (TRE) aprovassem resolução específica para limitar os atos de campanha eleitoral empreendidos pelos candidatos com vistas a salvaguarda da saúde pública. Nesse contexto, a Resolução n. 700 do TRE do Estado de Mato Grosso do Sul, encampando parecer sanitário da Comissão Estadual de Saúde, determinava que os atos de campanha observassem o distanciamento obrigatório mínimo de 1,5m e ocupação de espaço de 3m² por pessoa, disponibilização de álcool em gel e a necessidade de se evitar contato físico (art. 1º, § 2º e incisos).

É de se verificar que a disseminação da pandemia de COVID-19 em amplos números no Brasil e diante da imprescindibilidade da realização do pleito eleitoral,

6 SILVA, Celso Vinícius da; ERHARDT, Manoel de Oliveira. Financiamento de campanha eleitoral no Brasil: uma análise do modelo de financiamento misto na atual conjuntura do País. 2017. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito). Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2017, p. 46.

7 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Tribunal aprova com ressalvas contas de campanha de Jair Bolsonaro. Brasília, DF, 2018. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2018/Dezembro/tribunal-aprova-com-ressalvas-contas-de-campanha-de-jair-bolsonaro/>.

8 Os dados do Ministério da Saúde apontam para o número de 5.590.025 casos confirmados de pessoas contaminadas por COVID-19, dos quais 161.106 culminaram na morte dos infectados. Cf. BRASIL. Ministério da Saúde. Painel Coronavírus – COVID-19. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2020. Disponível em: <https://covid.saude.gov.br/>. Acesso em: 11 de nov. 2020.

alguns casos, como na situação do Estado de Mato Grosso do Sul em que a Corte Eleitoral aprovou restrições a campanha, restou ao candidato mudar substancialmente os formatos de campanha eleitoral, deixando o modelo tradicional, caracterizado pela proximidade corpórea, entrega de papéis, entre outros, para migrar para um sistema que explora ferramentas digitais, sobretudo, as mídias sociais digitais.

Nesse contexto, a fim de coadunar restrições aos atos de campanha e a necessidade de o candidato ter acesso a seu eleitor, foram corriqueiras as realizações de lives, postagens em facebook, instagram, grupos de whatsapp, em uma intensidade bem mais voraz e contínua do que na própria eleição presidencial de 2018, quando àquela época não se cogitava do cataclismo pandêmico de COVID-19.

3. A obsolescência do fundo eleitoral brasileiro e a crise de efetividade dos direitos humanos no contexto de pandemia da Covid-19

Tanto o contexto da campanha eleitoral presidencial de 2018 como o pleito eleitoral municipal de 2020 demonstraram a obsolescência do fundo eleitoral brasileiro, sendo imprescindível que seja ele repensado num futuro próximo, sobretudo, diante dos efeitos nefastos economicamente da pandemia de coronavírus, desenhando um novo horizonte com desafios e especificidades cuja imprescindibilidade de confronto se impôs ao Estado.

A situação de cataclismo pandêmico no Brasil, por conseguinte, tornou mais latente a imprescindibilidade da atuação do Estado para resguardar os direitos sociais mais elementares. Ferrer e Rossignoli, a propósito, lembram que “a lógica do livre mercado nem sempre garantirá os direitos sociais a toda a população, sendo fundamental sua previsão constitucional e a ação do Estado no sentido de estabelecer políticas públicas que os garantam⁹.”

De fato, analisando o cenário de crise viral, quanto às empresas, desde o início da disseminação do vírus no Brasil, encerraram-se em definitivo 716,4 mil delas¹⁰, apontando, destarte, que o quadro viral em ascensão foi responsável pelo fechamento de 4 em cada 10 empresas¹¹. Tal situação, obviamente, culminou por afetar demais segmentos, como a queda do PIB¹², a taxa de desemprego¹³, entre outros.

O horizonte desenhado demandou a presença do Estado, notadamente para a

9 FERRER; Walkíria Martinez Heinrich; ROSSIGNOLI, Marisa. Constituição Federal e direitos sociais: uma análise econômica e social do atual Estado Brasileiro. Revista Argumentum. Marília, v. 19, n. 1, 2018, p. 41.

10 INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, 2020. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/28294-pesquisa-pulso-empresa-entre-as-empresas-que-estavam-fechadas-na-1-quinzena-de-junho-39-4-encerraram-atividades-por-causa-da-pandemia/>.

11 Id., 2020. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/28295-pandemia-foi-responsavel-pelo-fechamento-de-4-em-cada-10-empresas-com-atividades-encerradas/>.

12 O PIB brasileiro, entre abril e junho de 2020, sofreu uma retração de 9,7%. Cf. Id., 2020. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/28721-pib-cai-9-7-no-2-trimestre-de-2020/>.

13 O desemprego vem se tornando palavra cada vez mais presente nas conjunturas familiares. Dados do IBGE demonstram que, em setembro de 2020, viu-se um aumento substancial da massa de desempregados, chegando 14,4% da taxa de desocupação, o que representa, aproximadamente 14 milhões de pessoas. Cf. Id., 2020. Disponível em: <https://covid19.ibge.gov.br/>.

garantia do mínimo vital, o que se tentou fazer mediante o pagamento do coronavoucher, um benefício social aos particulares que se inserissem nas exigências da Lei n. 13.982/2020, muito embora não se desconheçam os equívocos do procedimento adotado com irregularidades diagnosticadas pelo TCU no valor de 42,1 bilhões de reais¹⁴.

Mesmo em cenário de insuficiência de recursos financeiros estatais para se garantir concretude aos direitos sociais, máxime, pensando no mínimo existencial dos impactados pela crise pandêmica, incoerentemente, em vez de se discutir a cura da patologia no Brasil, centralizaram-se as campanhas eleitorais municipais, vertendo, pelos fundos, recursos bilionários para as agremiações partidárias, divorciando da concepção de economicidade¹⁵, a qual deveria nortear a gestão de qualquer recurso financeiro público.

É possível verificar que, em pleno caos no cenário econômico nacional, para as eleições municipais de 2020, foram destinados aos 33 partidos políticos registrados no País, pelo FEFC, a importância robusta de R\$ 2.034.954.823,96, sem prejuízo dos valores do Fundo Partidário, o qual, no ano de 2020, foi de R\$ 959.015.755,00, consoante a definição aprovada pela Lei Orçamentária Anual, o que resulta na soma aproximada de R\$ 3 bilhões de reais.

Enquanto vários cidadãos não conseguem suprir suas necessidades mais elementares, sobretudo, dentro do cataclismo pandêmico, necessitando do Estado e este não consegue atender a demanda ao argumento de que não possui dinheiro para tanto, vê-se, em uma realidade diversa e paralela, o mesmo Estado despendendo valores bilionários para custear campanhas eleitorais, lastreadas em uma metodologia obsoleta, anacrônica e ineficiente.

Não há que se olvidar a importância dos partidos políticos para o pleito eleitoral, principalmente, inserido na dinâmica política brasileira que inadmita candidatura avulsa. A situação é outra aqui. Não se cuida do papel elementar das agremiações partidárias para o funcionamento do sistema político, mas sim de destinar cifras robustas de recursos financeiros, em sua maioria dos cofres da própria União, para o financiamento de campanha eleitoral, enquanto o Brasil vive um cataclismo econômico.

A eleição presidencial de 2018 e o surto pandêmico viral, assim, cancelaram a migração da campanha eleitoral para o patamar digital, em que a diretriz é a exploração das mídias sociais e o estabelecimento da proximidade eleitor-candidato por intermédio da internet, caracterizando-se pelo barateamento do custo da campanha, sem prejuízo de sua eficiência, quando comparada às presenciais, com materiais impressos, inúmeros cabos eleitorais, etc.

Ademais, o método arcaico com vários cabos eleitorais e materiais impressos, além de ser mais custoso do ponto de vista econômico, ofende o direito ao meio ambiente equilibrado (art. 170, VI, CF/88). Isso porque as cifras bilionárias dos fundos

14 BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo 016.827/2020-1. Acompanhamento da implementação do auxílio emergencial criado pela lei 13.982/2020 [...]. Relator: Ministro Bruno Dantas. 26 de agosto de 2020. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/resultado/acordao-completo/1682720201.PROC/%20/%20/>.
15 ARAÚJO, Alexandre Velloso de. A economicidade na utilização do Fundo Partidário. Revista Eletrônica da EJE. Brasília, DF, Ano III, n. 2, fev./mar. 2013, p. 11-12.

de campanha vertem-se na confecção de diversos materiais gráficos impressos e santinhos, os quais são distribuídos aleatoriamente em espaços públicos, como ruas e avenidas, todavia raramente é guardado pelo eleitor para uso em votação.

Evidencia-se que não há como se admitir, dentro da ótica da concretização dos direitos sociais e de sua efetividade, simplesmente uma margem de cidadãos desempregados, sem renda mínima e, portanto, privados dos direitos mais elementares atrelados à dignidade da pessoa humana, como moradia, alimentação, etc, ao passo que se vertem quantias bilionárias para agremiações partidárias para a realização de um pleito eleitoral de 2020, justamente o ano em que a epidemia de COVID-19 se tornou e ainda é o centro das atenções do mundo.

Considerações finais

A campanha presidencial brasileira de 2018 foi paradigma histórico, posto que demonstrou, com clareza solar, a possibilidade de se realizar campanha eleitoral com uma participação menor dos fundos que vertem aos partidos pequenos e, ainda assim, o candidato conseguir sagrar-se vitorioso. De igual maneira, a pandemia de COVID-19 permitiu a realização das eleições municipais, as quais somente foram postergadas em aproximadamente um mês, estabelecendo, contudo, normas que influenciaram na dinâmica das campanhas eleitorais, anteriormente lastreadas somente no contato físico entre eleitor e candidato.

Com efeito, havendo elementos que demonstrem a migração para um novo formato de campanha eleitoral, isto é, atingindo a mesma eficiência sua mediante a utilização da internet e das mídias sociais, verifica-se claramente a obsolescência dos fundos públicos de campanha eleitoral, cujos valores, em vez de serem direcionados na realização de campanha em um método claramente suplantado, deveriam ser vertidos às políticas públicas, voltadas a garantir concretude aos direitos humanos sociais, como saúde e garantia do mínimo existencial.

Enfim, a necessidade de recursos públicos e a efetividade dos direitos humanos mais elementares, como a saúde, o mínimo existencial, o qual irradia a dignidade da pessoa humana, reivindicam uma percepção diferenciada da finalidade dos recursos financeiros públicos, entoando um direito à boa administração da coisa pública. Assim, o futuro do Direito Eleitoral brasileira perpassa necessariamente, em uma visão constitucionalizada, rediscutir efetiva a finalidade dos fundos públicos de campanha com substanciosas somas de dinheiro público.

Nesse eito, agravado pela passagem em plena crise viral, demanda-se aqui uma nova visualização dos fundos eleitorais, os quais devem ser repensados seriamente. Em primeiro lugar, a necessidade da existência deles e, em um segundo momento, os valores bilionários que neles são vertidos, em uma ótica de campanha eleitoral enviesada da década de 1990, e que deveriam ser direcionados às políticas públicas de concretização dos direitos humanos sociais.

Não se diga aqui que a campanha eleitoral, mediante a qual se permite ao povo escolher seus representantes formando a estrutura do Poder Político estatal, não seja importante; não se cuida disso. Trata-se sim de uma questão de prioridade. Se

os direitos humanos, de fato, fossem prioridades na formulação de políticas públicas brasileiras, máxime, no período atípico vivenciado, certamente o espírito social não permitiria essa inversão de direcionamento de recursos, ainda que lícitos, porém, não legítimos à luz da eficácia da dignidade da pessoa humana.

Referências

ARAÚJO, Alexandre Velloso de. A economicidade na utilização do Fundo Partidário. Revista Eletrônica da EJE. Brasília, DF, Ano III, n. 2, p. 11-12, fev./mar. 2013.

BRAGA; Maria do Socorro Sousa; BOURDOUKAN, Adla. Partidos políticos no Brasil: Organização partidária, competição eleitoral e financiamento público. Revista Perspectivas. São Paulo, v. 35, p. 117-148, jan/jun. 2009.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm/>. Acesso em: 16 de out. 2020.

BRASIL. Lei n. 9.096, de 19 de setembro de 1995. Dispõe sobre partidos políticos [...]. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9096.htm/. Acesso em: 16 de out. 2020.

BRASIL. Tribunal Regional Eleitoral de Mato Grosso do Sul. Resolução n. 700. Dispõe sobre matérias pertinentes à propaganda eleitoral para o pleito de 2020 e dá outras providências. Campo Grande, MS: Presidência do TRE-MS, 2020. Disponível em: <https://www.tre-ms.jus.br/legislacao/resolucoes-do-tre-ms/resolucoes-do-tre-ms/>. Acesso em: 16 de out. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. Painel Coronavírus – COVID-19. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2020. Disponível em: <https://covid.saude.gov.br/>. Acesso em: 11 de nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.650 – Distrito Federal. [...] Doação por Pessoas Jurídicas. Inconstitucionalidade. [...]. Relator: Ministro Luiz Fux, 17 de setembro de 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10329542/>. Acesso em 16 de out. 2020.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo 016.827/2020-1. Acompanhamento da implementação do auxílio emergencial criado pela lei 13.982/2020 [...]. Relator: Ministro Bruno Dantas. 26 de agosto de 2020. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/resultado/acordao-completo/1682720201.PROC/%20/%20/>. Acesso em: 16 de out. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Partidos políticos registrados no TSE. Brasília, DF: [2020]. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/partidos/partidos-politicos/registrados-no-tse/>. Acesso em: 11 de nov. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Tribunal aprova com ressalvas contas de

campanha de Jair Bolsonaro. Brasília, DF: 2018. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2018/Dezembro/tribunal-aprova-com-ressalvas-contas-de-campanha-de-jair-bolsonaro/>. Acesso em 16 de out. 2020.

FERRER; Walkíria Martinez Heinrich; ROSSIGNOLI, Marisa. Constituição Federal e direitos sociais: uma análise econômica e social do atual Estado Brasileiro. Revista Argumentum. Marília, v. 19, n. 1, 2018.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. O IBGE apoiando o combate à COVID-19. Rio de Janeiro: 2020. Disponível em: <https://covid19.ibge.gov.br/>. Acesso em 11 de nov. 2020.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Pandemia foi responsável pelo fechamento de 4 em cada 10 empresas com atividades encerradas. Rio de Janeiro: 2020. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/28295-pandemia-foi-responsavel-pelo-fechamento-de-4-em-cada-10-empresas-com-atividades-encerradas/>. Acesso em: 13 de out. 2020.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Pesquisa Pulso empresa: Entre as empresas que estavam fechadas na 1ª quinzena de junho, 39,4% encerraram atividades por causa da pandemia. Rio de Janeiro: 2020. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/28294-pesquisa-pulso-empresa-entre-as-empresas-que-estavam-fechadas-na-1-quinzena-de-junho-39-4-encerraram-atividades-por-causa-da-pandemia/>. Acesso em 11 de nov. 2020.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. PIB cai 9,7% no 2º trimestre de 2020. Rio de Janeiro: 2020. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/28721-pib-cai-9-7-no-2-trimestre-de-2020/>. Acesso em 11 de nov. 2020.

SILVA, Celso Vinícius da; ERHARDT, Manoel de Oliveira. Financiamento de campanha eleitoral no Brasil: uma análise do modelo de financiamento misto na atual conjuntura do País. 2017. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito). Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2017.

SCHAEFER, Bruno Marques. As lógicas de distribuição do fundo partidário: centralização e nacionalização dos partidos brasileiros (2011-2015). 2018. Dissertação (Mestrado em Ciências Políticas). Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2018.

Direito à desconexão do trabalhador e o Relatório nº 2019/2181 do Parlamento Europeu

Right to disconnect and the European Parliament Report nº 2019/2181

Talita Corrêa Gomes Cardim¹

Sumário: Introdução. 1. O direito à desconexão dos trabalhadores. 2. Legislação no direito europeu. 3. O Relatório nº 2019/2181 do Parlamento Europeu. 4. Conclusão. Referências.

Resumo: A era digital trouxe facilidades e maior acesso a informação e ao mesmo tempo houve uma disruptura na sociedade com introdução das novas tecnologias que alteraram completamente conceitos existentes até então nas relações de trabalho, rompendo a barreira entre tempo de trabalho e tempo de descanso, vida privada. Atualmente os meios de produção exigem urgência de resposta, extrema disponibilidade e conexão do trabalhador, inclusive nos períodos que deveriam ser dedicados ao descanso físico e psicológico, resultando em um retrocesso na proteção dos trabalhadores e aumento de doenças de trabalho. Com a hiperconectividade, alguns dos direitos que foram objeto de lutas no passado, aos poucos foram deixados de lado de forma consciente. O principal objetivo deste artigo é trazer o conceito do “novo” direito do trabalhador, qual seja o direito à desconexão e a necessidade de regulamentação do instituto. No primeiro capítulo será tratado o conceito jurídico sobre este direito e no capítulo seguinte será apresentada breves considerações sobre os poucos países europeus que já legislaram sobre a matéria. No terceiro capítulo, é realizada uma análise jurídica sobre o recente Relatório nº 2019/2181 do Parlamento Europeu, que se aprovado, será publicado em forma de Diretiva, vinculando todos os Estados-Membros, sendo a primeira iniciativa para um marco europeu sobre o direito à desconexão. O presente estudo se justifica na medida em que surge a cada dia a urgente necessidade de alargar a tutela aos trabalhadores no direito do trabalho do presente e do futuro.

Palavras-chave: direito à desconexão; Relatório nº 2019/2181 do Parlamento Europeu; novas tecnologias; futuro do direito do trabalho.

Abstract: The digital age brought facilities and greater access to information and at the same time there was a disruption in society with the introduction of new technologies that completely changed existing concepts until then in working relationships, breaking the barrier between working time and rest time, private life. Currently, the means of production require urgent response, extreme availability and connection of the worker, including in periods that should be dedicated to physical and psychological rest, resulting in a setback in the protection of workers and increased occupational diseases. With hyperconnectivity, some of the rights that have been the subject of struggles in the past have gradually been consciously dropped. The main objective of this article is to bring the concept of the “new” right of the worker, which is the right to disconnection and the need for regulation of the institute. In the first chapter the legal concept on this right will be addressed and in the next chapter brief considerations will be presented on the few European countries that have already legislated on the subject. In the third chapter, a legal analysis is carried out on the recent Report No 2019/2181 of the European Parliament, which, if adopted, will be published in the form of a Directive, binding all Member States, being the first initiative for a European framework on the right to disconnection. This study is justified in that the urgent need to extend the protection to workers in the right to work of the present and the future arises every day.

Keywords: right to disconnection; Report nº 2019/2181 of the European Parliament; new technologies; future of labour law.

¹ Mestranda em Direito das Empresas e do Trabalho pelo Instituto Universitário de Lisboa- ISCTE, Portugal. Pesquisadora membro do Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos- IBEROJUR. Advogada especializada na área Trabalhista Empresarial. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0018509136718050> Endereço eletrônico: talita.cardim.adv@gmail.com

Introdução

As novas tecnologias da informação (NTIC) alteraram significativamente os conceitos tradicionais de trabalho, surgindo inúmeras questões jurídicas que merecem solução normativa, como a extrema conexão do trabalhador. A introdução de novas tecnologias trouxe benefícios para o trabalhador prestar seu serviço, no qual a interação física é substituída para um trabalho remoto.

O teletrabalho em domicílio por exemplo, modalidade laboral adotada mundialmente em grande escala após a pandemia da Covid-19, tem suscitado níveis de trabalho mais intensos e aumenta a probabilidade de conflitos no período de trabalho-descanso. Se por um lado as NTIC permitem que os trabalhadores gozem de horários de trabalho mais flexíveis, por outro, a ausência de uma regulamentação efetiva traz importantes preocupações em relação a segurança e saúde no trabalho, bem como para garantia de direitos fundamentais.

Não há dúvidas de que neste “novo mundo” do trabalho a sociedade se encontra hiperconectada², tendo sido utilizada muito a expressão “trabalho anytime, anywhere”.³

Com as NTIC, surgiu um novo e complexo desafio para o direito do trabalho, eis que possibilitam que o trabalho acompanhe o trabalhador fora do espaço/tempo profissional, invadindo seu tempo de autodisponibilidade, diluindo assim a tradicional fronteira entre vida privada e profissional.⁴ Teresa Coelho Moreira de modo pertinente introduz o questionamento: qual é o tempo de trabalho de um trabalhador digital? E qual o seu período de repouso e vida privada?⁵

Existe atualmente uma “crise do Direito do trabalho”, com inúmeras questões a serem respondidas, como a garantia ao direito à desconexão.

1. O direito à desconexão dos trabalhadores

Não será objeto de estudo os tempos de trabalho e descanso, na medida em que o tratamento completo a respeito do tema é muito amplo e não cabe neste espaço.⁶ O grande problema está na zona cinzenta entre o período de trabalho normal e trabalho

2 A Eurofound e a OIT produziram no ano de 2017 um relatório no qual argumentam que a introdução de novas tecnologias leva a uma extensão do horário de trabalho, sem estabelecer limites sobre tempos de repouso durante as noites, nos fins de semana ou nos feriados. Isto é relevante, uma vez que uma nova forma de trabalho nunca pode levar a uma diminuição dos direitos já adquiridos pelo número total de pessoas trabalhadores em termos de períodos mínimos de descanso. Na Espanha, 64% dos trabalhadores confirmam que desenvolvem seu desempenho profissional mesmo durante suas horas livres e 68% confirmam que recebem e-mails e telefonemas relativos fora do horário de trabalho. Working anytime, anywhere: The effects on the world of work, Joint ILO-Eurofound report, 2017, Pp. 21-25. Disponível em: <<http://eurofound.link/ef1658>>, acesso em 22/05/2020.

3 Neste sentido, faz uso da expressão Liberal Fernandes em Organização do trabalho e tecnologias de informação e comunicação, questões laborais, n. 50. Almedina, 2017. P. 9.

4 AMADO, João Leal, “Tempo de trabalho e tempo de vida: sobre o Direito à Desconexão Profissional”, in Trabalho sem fronteiras? O papel da Regulação, Coordenação Manuel M. Roxo, Almedina, Coimbra, 2017. P. 119.

5 MOREIRA, Teresa Coelho. O direito à desconexão dos trabalhadores, Questões laborais, n.49. Almedina, 2016, Pp. 7 -10.

6 Para mais pormenores, consultar: O tempo de trabalho: comentário aos artigos 197o a 236o do código do trabalho: [revisto pela Lei no 23-2012, de 25 de Junho]. Francisco Liberal Fernandes. 1a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

suplementar “clandestino” em seu tempo de vida privada através das NTIC.

Liberal Fernandes pontua que “o tempo de descanso possui uma dupla finalidade: permitir um período de não trabalho (dimensão negativa) e possibilitar um tempo de lazer (dimensão positiva)”.⁷

Houve o surgimento de uma tendência erroneamente considerada como “normal” na sociedade que é o de permanecer conectado as ferramentas de trabalho 24 horas por dia, 7 dias por semana, em qualquer lugar que se encontre, com constante pressão, vigilância e cobrança de que o empregado esteja conectado e disponível a qualquer tempo. As horas de trabalho oficiais perdem o significado.

Diante de inúmeras violações aos direitos fundamentais dos trabalhadores, com os abusos no uso indiscriminado e sem qualquer regulamentação protetiva na utilização dos novos meios tecnológicos, é necessário se discutir o direito à desconexão.

O direito à desconexão do trabalho envolve o direito de trabalhar, uma garantia social do ser humano que deve ser respeitada, mas também o direito de se desconectar do trabalho ao encerrar sua jornada.⁸ É preciso que haja a modernização da legislação, para que as novas tecnologias venham auxiliar e não para limitar a liberdade do trabalhador.

Pressupõe-se assim o direito a não ser contactado pelo empregador, um do not disturb patronal.⁹ A obrigação de não perturbar é do empregador, recai sobre a empresa. Assim, pode-se dizer que o direito à desconexão é muito mais do que o direito do trabalhador de se desconectar do trabalho, é um “dever de não conexão patronal”¹⁰.

Nas melhores palavras de Monteiro Fernandes,

“o direito à desconexão diz respeito aos períodos em que o trabalhador não tem qualquer obrigação contratual de disponibilidade e visa garantir que o descanso e lazer sejam integralmente respeitados. Significa que o empregador e companheiros de trabalho não podem estabelecer com o trabalhador contactos sobre matéria profissional- e, sobretudo, significa que o trabalhador pode obstar e não atender esses contactos, sem que sejam admissíveis consequências negativas.”¹¹

O direito à desconexão é de preocupação mundial e é de extrema urgência a importância de regulamentação deste “novo”¹² direito do trabalhador, que vem sendo descumprido sob diversos pretextos. Acompanhando Souto Maior:

A pertinência situa-se no próprio fato de que ao falar em desconexão faz-se um paralelo entre a tecnologia, que é fato determinante da vida moderna, e o trabalho humano, com o objetivo de vislumbrar um direito do homem de não trabalhar, ou, como dito, metaforicamente, o direito a se desconectar do trabalho.

7 FERNANDES, Francisco Liberal. “Tempos de trabalho e descanso”, in Tempo de trabalho e tempos de não trabalho: o regime nacional do tempo de trabalho à luz do direito internacional. APODIT. coord. Maria do Rosário Palma Ramalho, Teresa Coelho Moreira. Lisboa : AAFDL, 2018. P. 19

8 Almeida, Almiro Eduardo de, Severo; Valdete Souto. Direito à desconexão nas relações sociais de trabalho- 2.ed.-São Paulo: LTR, 2016. Pág. 10.

9 MARTINS, João Zenha. “Tempo de trabalho e tempo de repouso: qualificação e delimitação de conceitos”. Tempo de trabalho e tempos de não trabalho : o regime nacional do tempo de trabalho à luz do direito internacional. APODIT; coord. Maria do Rosário Palma Ramalho, Teresa Coelho Moreira. Lisboa : AAFDL, 2018. P. 65

10 Neste sentido, AMADO, João Leal. Op. Cit. P. 124.

11 FERNANDES, António Monteiro. Direito do Trabalho, 19ª edição. Coimbra: Almedina, 2019. Pp. 541 e 542.

12 Embora não seja novo, apenas agora vem sendo tratado como um direito fundamental próprio. ALMEIDA, Almiro Eduardo de; SEVERO, Valdete Souto. Direito à desconexão nas relações sociais de trabalho- 2.ed.-São Paulo: LTR, 2016, pág. 37.

Esclareça-se que o não-trabalho aqui referido não é visto no sentido de não trabalhar completamente e sim no sentido de trabalhar menos, até o nível necessário à preservação da vida privada e da saúde, considerando-se essencial esta preocupação (de se desligar, concretamente, do trabalho) exatamente por conta das características deste mundo do trabalho marcado pela evolução tecnológica.¹³

Feitas estas considerações, incide a grande questão e problemática atual, que é como os trabalhadores poderão realmente exercer o direito à desconexão.

Surge assim a necessidade de criar um novo direito laboral, o direito à desconexão. Não se pretende com esse direito repor a eficácia plena das garantias ligadas ao horário de trabalho e ao período de trabalho contratualizado, mas antes restringir o uso abusivo das novas tecnologias por parte das empresas.¹⁴

2. Legislação no direito europeu

Atualmente, existe regulamentação na lei sobre o direito à desconexão apenas em quatro Estados-Membros da União Europeia, quais sejam, França, Itália, Bélgica e Espanha.¹⁵ Ainda assim, em outros países esse direito é aplicado, em que pese a ausência de legislação obrigando para tanto, por meio de acordos coletivos em grandes empresas¹⁶.

Merece particular destaque a iniciativa, pioneira na Europa, do legislador francês ao instituir o direito à desconexão no ano de 2017 ao regulamentar expressamente o novo direito do trabalhador, através da Lei nº 2016-1088¹⁷, apelidada de lei “El Khomri”.

O artigo 55 da lei dispõe sobre o direito de se desconectar e a implementação da empresa de mecanismos para regular o uso de ferramentas digitais, a fim de garantir o respeito aos tempos de descanso, definindo modalidades do exercício do direito de desconexão digital.

Na referida lei, o direito à desconexão não está previsto como um direito individual com eficácia horizontal imediata, porquanto sua concretização e regulação está remetida para a negociação coletiva e o regulamento da empresa. Temos aqui a primeira problemática, a discricionariedade da lei confere graus diferentes de eficácia, contudo, o legislador francês instituiu um mínimo de obrigação de prevenção dos

13 Importante realizar a leitura completa do artigo para que se entenda os paradoxos das novas tecnologias x vida privada. SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Do direito à desconexão do trabalho. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, Campinas, SP, n. 23, p. 296-313, jul./dez. 2003, fonte: https://www.jorgesoutomaior.com/uploads/5/3/9/1/53916439/do_direito_%C3%A0_desconex%C3%A3o_do_trabalho..pdf, acesso em 03.10.2020.

14 FERNANDES, Francisco Liberal. Organização do trabalho e tecnologias de informação e comunicação, questões laborais, n. 50. Almedina, 2017. P 11.

15 Importante destacar que fora da UE, o Chile (Lei nº 21.220, art. 152) e Argentina (Lei nº 27555, art. 5º) no ano de 2020 também reconhecerem este direito em sua legislação do teletrabalho.

16 Para uma lista completa dos acordos coletivos em Espanha: REQUENA MONTES, O. (2020). Derecho a la desconexión digital: un estudio de la negociación colectiva. Lex Social: Revista De Derechos Sociales, 10(2), 541-560. <https://doi.org/10.46661/lexsocial.5076>. Para informações de acordos coletivos em França, Portugal, Alemanha e Espanha: CARDIM, Talita Corrêa Gomes. “A crise mundial do COVID-19 e o Teletrabalho: o novo normal para as relações laborais”, in: VEIGA, F.S.; LEVATE, L.G.; GOMES, M.K. (dirs.). Novos métodos disruptivos no direito, Porto/Belo Horizonte: Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos e Escola de Direito Dom Helder, 2020, p. 126-138. ISBN: 978-989-54869-3-9.

17 Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTextedo?cidTexte=JORFTEXT000032983213&categorieLien=id>>, acesso em 03.11.2020.

danos do uso excessivo e desenfreio das novas tecnologias e as, ainda que poucas, soluções que propõe podem servir de referência para outras iniciativas.

A Espanha com a Lei Orgânica 3/2018¹⁸ sobre a proteção de dados pessoais e garantia de direitos digitais, incluiu o direito à desconexão digital no âmbito laboral em seu artigo 88, sendo um avanço, ainda que tímido e fora de uma lei trabalhista. Este artigo é responsável apenas por um reconhecimento básico do direito, transferindo a responsabilidade pela sua configuração para a auto-regulação coletiva. Este único dispositivo estabelece um dever para as empresas de realizar uma busca diária de horas de trabalho dos trabalhadores na empresa, em que conste o cronograma de o início e conclusão do trabalho de cada um deles, sem prejuízo da flexibilidade de tempo que está estabelecida neste artigo.

Recentemente, o artigo 18 do Decreto-Lei Real 28/2020 garantiu que as pessoas que trabalham remotamente, particularmente no teletrabalho, têm o direito à desconexão digital fora de suas horas de trabalho nos termos estabelecidos no artigo 88 da Lei Orgânica 3/2018 e é dever empresarial garantir a desconexão.

Outra problemática identificada é que a lei espanhola, assim com a francesa, não prevê penalidades a serem impostas contra a violação do direito à desconexão, o que não inibe de forma alguma o empregador de descumprir este direito, tampouco tem força suficiente para que o mesmo estipule um regulamento interno de prevenção, mas é importante que se tenha dado este primeiro passo, para que assim a legislação de outros países possam seguir o exemplo e incentivar o debate acerca da matéria.

Na Itália, em maio de 2017 foi apresentado o projeto de lei n. 2233-B, no qual se optava por regular apenas a desconexão digital no denominado “smart working” ou “trabalho ágil”. Ao contrário do legislador francês que protege todas as categorias profissionais que necessitam de uma proteção adicional nos tempos de descanso, o legislador italiano presta garantia apenas aos trabalhadores independentes. O artigo 15 da mencionada lei responsabiliza a empresa que contrata os trabalhadores independentes pela segurança e bom funcionamento das ferramentas tecnológicas atribuídas ao trabalhador para o desempenho da sua atividade.

A principal diferença entre a legislação da Itália e a legislação da França e da Espanha é que, na Itália, o direito à desconexão está limitado aos trabalhadores realizando o “smart work” e não se aplica, de forma geral, à força de trabalho como um todo.

Com relação ao direito na Bélgica, o mesmo está relacionado diretamente com o teletrabalho. A legislação de março de 2018¹⁹ é baseada no diálogo social na empresa, uma vez que a aplicação concreta desse direito deve ser negociada e pactuada nos comitês de saúde e segurança, ou seja, nas empresas com mais de 50 funcionários quais são os que podem legalmente constituir esses comitês de representação.

O objetivo das legislações até o momento existentes é adaptar o direito do trabalho à era tecnológica e não propriamente proibir o uso destas para além dos períodos normais de trabalho fixados de acordo a disciplina vigente, sendo que está em causa evitar abusos por parte das empresas e assegurar o respeito aos tempos

18 Disponível em: <<https://www.boe.es/eli/es/lo/2018/12/05/3>>, acesso em 23.05.2020.

19 Disponível em: <https://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/change_lg.pl?language=fr&la=F&table_name=loi&cn=2018032601>, acesso em 03.12.2020.

de repouso dos trabalhadores.

3. O Relatório nº 2019/2181 do Parlamento Europeu

O Parlamento Europeu é o órgão legislativo da UE, sendo detentor de poder legislativo, orçamentário e de supervisão aos Estados-Membros. Nos termos do artigo 46 do Tratado de Lisboa²⁰, o Parlamento Europeu e o Conselho, deliberando de acordo com o processo legislativo ordinário e após consulta do Comitê Económico e Social, tomarão, por meio de Diretivas ou de regulamentos, as medidas necessárias à realização da livre circulação dos trabalhadores.

Realizada no item anterior breves notas as poucas legislações europeias sobre a matéria, importa destacar que a Comissão do Emprego e dos Assuntos Sociais do Parlamento Europeu, com fulcro nos artigos 153 e 154 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, com a iniciativa garantir de forma eficaz a todos os Estados-Membros a proteção à desconexão do trabalhador, deu início em 2019 a preparação de um relatório de iniciativa legislativa sobre o direito à desconexão, que se aprovado será transformado em uma Diretiva²¹, ou seja, estaremos diante de um marco europeu sobre a matéria.

O Relatório nº 2019/2181²², ainda que com algumas questões problemáticas como será exposto, é uma importante iniciativa de legislação europeia. A proposta constante do Relatório em debate consiste em uma Diretiva composta por 14 artigos.

Conforme dispõe o artigo primeiro, a garantia é destinada aos trabalhadores que desenvolvem a sua atividade predominantemente no campo digital. O primeiro avanço encontra-se logo neste primeiro artigo, que dispõe que o direito à desconexão aplica-se a todos os setores, público e privado, e para todos os trabalhadores, incluindo trabalhadores sob demanda, intermitente trabalhadores, trabalhadores com base em vouchers, trabalhadores da plataforma, estagiários e aprendizes.

Isso porque, na Itália como visto, existe uma divisão de para qual setor se aplica, não tratando os trabalhadores com isonomia. Este artigo garante igualdade, ainda para os que trabalham em um regime não abrangido pela subordinação jurídica clássica.

O art. 2º gerou certa discussão, trazendo uma definição de desconexão como “não participar, fora do horário de trabalho, direta ou indiretamente, de atividades ou comunicações relacionadas ao trabalho por meio de ferramentas digitais”. Isso porque, na atualidade não há mais espaço para conceitos de forma ampla e genérica, que incidirão em novas questões de definição após eventual aprovação.

O terceiro artigo é muito bem pensado para fins de garantia da efetiva aplicação do

20 Disponível em: <https://www.parlamento.pt/europa/Documents/Tratado_Versao_Consolidada.pdf>, acesso em 04. 12.2020

21 As diretivas vinculam os Estados, que devem obrigatoriamente seguir as disposições, diferente das Recomendações do Parlamento. Nos termos do art. 288 do Tratado de Lisboa, o Regulamento tem carácter geral. É obrigatório em todos os seus elementos e diretamente aplicável em todos os Estados-Membros. A Diretiva vincula o Estado-Membro destinatário quanto ao resultado a alcançar, deixando, no entanto, às instâncias nacionais a competência quanto à forma e aos meios. A decisão é obrigatória em todos os seus elementos, já as recomendações e os pareceres não são vinculativos.

22 Disponível em: <[https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?reference=2019/2181\(INL\)](https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?reference=2019/2181(INL))>, acesso em 04.12.2020

direito. Isso porque, em sua redação, os Estados membros teriam a responsabilidade de assegurar que os empregadores proporcionem aos trabalhadores os meios para exercer o direito de se desconectar, o fazendo de uma forma justa e transparente. É visto como um dever de fiscalização do Estado para que os empregadores cumpram este direito, o que não ocorre nas legislações até então existentes. Caso o Estado não assegure ou fiscalize, poderá ser responsabilizado.

Passemos ao artigo 4.º que propõe medidas de aplicação do direito à desconexão. Dispõe que “os Estados-Membros devem assegurar que os trabalhadores possam exercer o seu direito de desligar e que os empregadores apliquem esse direito”. Em uma primeira análise parece replicar a disposição do artigo anterior, mas aqui a diferença consiste em se estabelecer uma série de disposições práticas sobre as condições de trabalho com o objetivo de garantir o efetivo cumprimento do novo direito, incluindo referência à desconexão de potenciais instrumentos de vigilância ou supervisão relacionados ao trabalho ou à forma de registro do tempo de trabalho utilizado pelo empregador, o que é interessante em relação à discussão sobre o registro de horas.

É neste artigo, em conjunto com o art. 7º que incide a questão jurídica mais problemática do Relatório, eis que obriga os Estados membros a estabelecer os critérios que os empregadores possam reivindicar a não aplicação do direito à desconexão.

Ora, esta exceção e a redação do artigo não é clara na forma, bem como em quais circunstâncias permitida sua a inaplicabilidade. Aqui, há margem para uma grave lacuna na qual muitos empregadores poderão se valer de inúmeras formas injustificadas para não aplicar este direito. O artigo 7º dispõe que será transferido ao empregador listar os critérios para derrogação deste direito, o que não parece nem de longe ser o mais adequado.

Deverá ser previsto ao menos um rol taxativo das situações em que se permitiria a exceção para não aplicar este direito e ainda assim, não parece ser prudente constar na diretiva esta possibilidade, na medida em que qualquer exceção deveria ser analisada caso a caso, mediante movimentação do judiciário, para que não se tenha qualquer abuso, bem como os trabalhadores possam gozar de proteção as suas garantias.

Caso estes artigos venham a ser aprovados, seria prudente a alteração da redação, bem como a previsão de que na ausência temporária de aplicação do direito à desconexão, que o tempo conectado fora do horário de trabalho seja remunerado como hora extra, pois aqui incide outra problemática atual, que é a natureza deste período conectado que não é hora de trabalho, hora de descanso, hora de sobreaviso, hora de astreinte, mas sim uma zona cinzenta para fins de discussão sobre remuneração do período.

Pois bem, passemos a um ponto considerado positivo. O artigo 8º dispõe que deverá ser previsto pelos Estados-Membros penalidades aplicáveis às infrações. Atualmente, não há previsão em nenhuma das legislações existentes nos países mencionados de qualquer penalidade em caso de descumprimento. Aqui temos o primeiro passo para a efetiva garantia do direito.

Foram aqui analisados apenas os artigos mais importantes do Relatório e que suscitam maior discussão. Há fortes argumentos para aprovação do relatório, ainda que antes necessite passar por alterações no texto, bem como suprir algumas das lacunas e omissões identificadas, a fim de que a Diretiva seja uma resposta às atuais necessidades jurídicas e não mais uma incerteza e fonte de problemas jurídicos.

Esta nova Diretiva viria para complementar a Diretiva 2003/88/CE sobre a organização do tempo de trabalho. Para o direito à desconexão, que sofre grande pressão do setor empresarial para a sua não aprovação, não há mais espaço para a criação apenas de uma Recomendação do Parlamento Europeu, que não vincularia os Estados e seria uma modalidade menos eficaz na aplicação do direito.

O relatório tem a primeira votação prevista para o mês de janeiro de 2021 e ainda está sujeito a alterações em seu texto e também não está garantida a sua aprovação final. Ainda que não seja aprovado, trata-se de uma iniciática extremamente importante para trazer o tema à discussão e para que os demais países se proponham a retomar as votações dos projetos de lei parados até o momento.

4. Conclusão

A proposta do Relatório para uma Diretiva demonstra a responsabilidade coletiva por um futuro no qual a inovação e a tecnologia estão centradas, assegurando direitos e garantias fundamentais do trabalhador ao trabalho digno, tempo de descanso, vida privada, saúde e segurança, garantias constitucionais. Por esta razão, se aprovado, estaremos diante de um marco europeu no que se refere ao direito à desconexão, na medida em que vinculará todos os Estados a cumprirem o disposto.

Os problemas da hiperconectividade que são inúmeros e complexos, obviamente não são fáceis de eliminar, contudo, o direito do trabalho neste novo cenário digital-que veio para ficar, deverá ser o mesmo de sua origem, qual seja, de limitar o tempo de trabalho, salvaguardar a saúde do trabalhador e garantir a autodisponibilidade.²³

O trabalho na era digital só pode ser verdadeiramente um sucesso se estiver em sintonia com as necessidades dos trabalhadores e em conformidade com o conceito de trabalho decente.

Deve restar claro que não se defende um retrocesso em matéria de evolução das empresas, pois elas têm de ser competitivas e essa competitividade passa necessariamente pela sua informatização e pela aquisição crescente das NTIC. Mas esses objetivos não podem ser alcançados às custas da dignidade dos trabalhadores e de direitos fundamentais que tão duramente foram conquistados, sob pena de nos encaminharmos para futuro de incertezas no direito do trabalho, com questões complexas muito mais difíceis de erradicar.

O direito à desconexão não é apenas necessário, é indispensável para garantir ao trabalhador dos nossos dias e também do futuro, uma tutela útil.

É assim que chegamos ao futuro, no qual a legislação trabalhista deverá se adaptar. O direito do trabalho terá de lidar com situações ocorridas no passado e

23 AMADO, João Leal, “Tempo de trabalho e tempo de vida: sobre o Direito à Desconexão Profissional”, in Trabalho sem fronteiras? O papel da Regulação, Coordenação Manuel M. Roxo, Almedina, Coimbra, 2017, P. 126.

as novas situações que surgirão. Não pode haver um trabalho de futuro com uma regulamentação trabalhista do passado.

O ordenamento jurídico precisa adequar-se e dar respostas rápidas ao uso da tecnologia e das novas relações laborais.

Resta aos juslaboralistas aguardar e acompanhar a evolução da proposta do Relatório nº 2019/2181, uma iniciativa legislativa há muito tempo esperada na União Europeia.

Referências

ALMEIDA, Almiro Eduardo de; SEVERO, Valdete Souto. Direito à desconexão nas relações sociais de trabalho- 2.ed.-São Paulo: LTR, 2016

AMADO, João Leal, “Tempo de trabalho e tempo de vida: sobre o Direito à Desconexão Profissional”, in Trabalho sem fronteiras? O papel da Regulação, Coordenação Manuel M. Roxo, Almedina, Coimbra, 2017.

CARDIM, Talita Corrêa Gomes. “A crise mundial do COVID-19 e o Teletrabalho: o novo normal para as relações laborais”, in: VEIGA, F.S.; LEVATE, L.G.; GOMES, M.K. (dirs.). Novos métodos disruptivos no direito, Porto/Belo Horizonte: Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos e Escola de Direito Dom Helder, 2020, p. 126-138.

FERNANDES, António Monteiro. Direito do Trabalho, 19ª edição. Coimbra: Almedina, 2019.

FERNANDES, Francisco Liberal. Organização do trabalho e tecnologias de informação e comunicação, questões laborais, n. 50. Almedina, 2017.

FERNANDES, Francisco Liberal. O tempo de trabalho: comentário aos artigos 197o a 236o do código do trabalho: [revisto pela Lei no 23-2012, de 25 de Junho]. 1a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

FERNANDES, Francisco Liberal. “Tempos de trabalho e descanso”, in Tempo de trabalho e tempos de não trabalho: o regime nacional do tempo de trabalho à luz do direito internacional. APODIT. coord. Maria do Rosário Palma Ramalho, Teresa Coelho Moreira. Lisboa : AAFDL, 2018. P. 19

MARTINS, João Zenha. “Tempo de trabalho e tempo de repouso: qualificação e delimitação de conceitos”. Tempo de trabalho e tempos de não trabalho : o regime nacional do tempo de trabalho à luz do direito internacional. APODIT; coord. Maria do Rosário Palma Ramalho, Teresa Coelho Moreira. Lisboa : AAFDL, 2018. P. 65

MOREIRA, Teresa Coelho. O direito à desconexão dos trabalhadores, Questões laborais, n.49. Almedina, 2016. Jul/Dez 2016, Pp. 7 -10.

REQUENA MONTES, O. Derecho a la desconexión digital: un estudio de la negociación colectiva. Lex Social: Revista De Derechos Sociales, 2020. Pp. 541-560.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Do direito à desconexão do trabalho. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, Campinas, SP, n. 23, p. 296-313, jul./dez. 2003

Desafios à proteção ao meio ambiente no sistema interamericano de direitos humanos

Challenges on the environment protection in the inter-American human rights system

Ana Paula Teixeira Delgado¹

Sumário: Introdução 1. Internacionalização do direito ao meio ambiente sadio; 2. Proteção do direito ao meio ambiente sadio nos principais instrumentos regionais; 3. O Greening no sistema regional interamericano; Considerações Finais.

Resumo: O presente artigo tem por objetivo refletir acerca da proteção ao meio-ambiente no sistema interamericano de direitos humanos. A devastação dos recursos naturais – experimentada nas últimas décadas em prol de um projeto de acumulação incessante de lucros – relevou a necessidade de construção de uma agenda internacional que priorizasse a discussão ambiental e a situasse no universo dos direitos humanos. Paralelamente ao desenvolvimento da proteção internacional dos direitos humanos, se observa também o desenvolvimento do processo de internacionalização da proteção ambiental. A sobrevivência do gênero humano depende de condições ambientais favoráveis, o que passa a situar a discussão ambiental no âmbito dos direitos humanos. A conexão entre o meio ambiente sadio e os direitos humanos fundamentou o desenvolvimento de instrumentos internacionais de proteção em âmbito universal e regional. Na América Latina, as reformas neoliberais experimentadas nos últimos anos não se demonstraram suficientes para mudar o quadro de devastação ambiental, ao contrário contribuíram para a destruição de ecossistemas e biomas. No continente americano, em que pese a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 não trazer disposição expressa sobre o direito ao meio ambiente sadio, evidencia-se a tendência na Comissão e na Corte Interamericana de Direitos Humanos em se adotar uma linha interpretativa que assuma estratégias a fim de ampliar a eficácia do direito ao meio ambiente sadio. Observa-se tanto na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos a tendência de “greening” ou “ecologização” ou “esverdeamento”, fenômeno que ocorre quando se protegem direitos de cunho ambiental por meio de petições que contenham denúncias de violações de direitos de primeira dimensão.

Palavras-chave: Meio ambiente; Direitos humanos; Sistema Interamericano

Abstract: The purpose of this article is to reflect on the protection of the environment in the inter-American human rights system. The devastation of natural resources - experienced in the last decades in favor of a project of incessant accumulation of profits - highlighted the need to build an international agenda that would prioritize the environmental discussion and place it in the universe of human rights. In parallel with the development of international human rights protection, there is also the development of the internationalization process of environmental protection. The survival of the human race depends on favorable environmental conditions, which places the environmental discussion within the scope of human rights. The connection between a healthy environment and human rights was the basis for the development of international protection instruments at the universal and regional levels. In Latin America, the neoliberal reforms experienced in recent years have not been shown to be sufficient to change the situation of environmental devastation, on the contrary, they have contributed to the destruction of ecosystems and biomes. In the American continent, in spite of the 1969 American Convention on Human Rights not having an express provision on the right to a healthy environment, the trend in the Commission and the Inter-American Court of Human Rights is evident in adopting an interpretative line that assumes strategies in order to increase the effectiveness of the right to a healthy environment. In the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights, there is a tendency towards “greening”, a phenomenon that occurs when environmental rights are protected by means of petitions containing complaints of violations of first-rate rights.

Key words: Environment; Human rights; Inter-American System.

¹ Doutora em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Advogada. Membro associada à Law and Society Association - LSA. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Direitos Humanos e Transformação Social (GPDHTS), vinculado ao Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO). E-mail: apaula_delgado@yahoo.com.br

Introdução

O projeto colonial que estabeleceu uma dissociação entre seres humanos e a natureza serviu de supedâneo para transformar seres e recursos naturais em commodities na busca incessante de lucros. A internalização e a reprodução do modelo de acumulação desenfreada por parte de governos e organizações culminaram inexoravelmente na conjuntura de devastação ambiental contemporânea.

A questão ambiental na América Latina tem se agravado nas últimas décadas, contrariando uma tendência verificada nos países industrializados. Segundo o 6º Informe Global sobre o Meio Ambiente (GEO 6) do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (United Nations Environment Programme - Unep),² a diversidade e o aumento de intensidade das forças motrizes na América Latina continuam a afetar ecossistemas e processos ecológicos importantes para a região.

No Brasil, o discurso oficial negacionista e antiambiental tem legitimado ações de desmatamento, de grilagem, de assassinato de indígenas e dos ativistas ambientais, corroboradas por medidas governamentais que apontam para a perda de autonomia dos órgãos fiscalizadores.

Considera-se pertinente realizar uma reflexão acerca da proteção ao direito ao meio ambiente sadio no sistema interamericano de direitos humanos sob a óptica de alternativas para desconstruir a configuração de um padrão colonial que despreza o diálogo multicultural e aniquila os recursos naturais.

Para esse desiderato, analisa-se a inserção da discussão ambiental no universo dos direitos humanos, bem como a inter-relação entre o meio ambiente sadio e a dignidade humana. A seguir passa-se ao estudo da proteção ao meio ambiente sadio no sistema universal de proteção e no sistema regional interamericano, examinando suas principais técnicas e características.

Na sequência, procede-se à verificação da abordagem dessa temática na Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e à evolução do chamado greening (ecologização) na jurisprudência da CIDH a fim de fortalecer e tornar efetivo o direito ao meio ambiente na região.

1. Internacionalização do direito ao meio ambiente

O marco da internacionalização do direito ao meio ambiente ocorre com a Declaração de Estocolmo sobre Meio Ambiente Humano de 1972. O documento adotado na Conferência das Nações Unidas sobre meio ambiente refere-se pela primeira vez ao meio ambiente como ‘bem comum da humanidade’ no Princípio 18. Trata-se aqui de proteger o interesse comum da humanidade – global commons, independentemente de qualquer efeito transfronteiriço ou de jurisdição nacional. Ainda na década de 1970, resoluções da assembleia Geral da ONU consolidam a indivisibilidade dos direitos humanos trazida na Conferência na ONU de Teerã (1968), situando o meio ambiente na perspectiva da indivisibilidade.

Na década de 1980, a ideia de ‘global commons’ adquire maior relevância,

² GEO-6 (2019). Global Environment Outlook 3: relatório mais recente publicado pelo Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA).

considerando-se as crescentes ameaças ambientais. A Comissão Nacional sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, doravante designada Comissão ‘Bruntland’, em seu relatório final – Relatório Nosso Futuro Comum – que foi pioneiro em conceituar o desenvolvimento sustentável,³ enfatizando seus pressupostos fundamentais, os quais são, segundo o relatório, a participação da sociedade civil e a democracia representativa, a responsabilidade do Estado, a erradicação da pobreza e a adoção de estilos de vida menos consumistas e em maior sintonia com os meios ecológicos.

A Resolução 44/228 de 1989 ratifica o caráter global das questões ambientais e convoca a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento – ECO 1992 –, primeira reunião de magnitude internacional pós-guerra fria, a qual dá origem aos seguintes documentos: Convenção sobre Mudança de Clima, Convenção sobre Biodiversidade, Agenda 21 e Declaração do Rio de Janeiro, que, dentre outras proposições, ratifica a interdependência entre direitos humanos, democracia e meio ambiente.

Nas décadas subseqüentes até o presente verifica-se uma vasta construção internacional de instrumentos jurídicos que visam proteger o direito ao meio ambiente. Todavia, a exemplo dos documentos citados, considera-se que não constituam *hard law*, mas *soft law*, criando obrigações apenas de cunho moral para os Estados. Contudo, a noção de interesse comum da humanidade encontra expressão no exercício do direito ao meio ambiente sadio.

2. Proteção do direito ao meio ambiente sadio nos principais instrumentos regionais interamericanos

Paralelamente ao sistema universal de proteção dos direitos humanos, desenvolvem-se instrumentos de proteção no plano regional. No âmbito das Américas adotou-se em 1969 a Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de São José de Costa Rica – e, em 1988, concluiu-se o Protocolo Adicional da Convenção Americana sobre Direitos Humanos na área de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, denominada Protocolo de São Salvador.

Embora o Pacto de São José contenha apenas direitos de primeira dimensão, o Protocolo de San Salvador supriu as necessidades do Pacto com relação aos direitos de segunda dimensão e trouxe no artigo 11 o direito ao meio ambiente sadio.⁴

Conforme o artigo 19, § 6 do Protocolo,⁵ o direito de petição individual, previsto no Pacto de São José da Costa Rica, é aplicado somente em caso de violação do direito à organização sindical e ao direito à educação, excluindo-se, dessa forma, os direitos sociais, econômicos e culturais e o direito ao meio ambiente sadio previstos.

3 Antônio Augusto Cançado Trindade apresenta uma definição objetiva e irretocável de desenvolvimento sustentável, o qual constituiria um possível vínculo entre o desenvolvimento econômico e o meio ambiente sadio.

4 Artigo 11. Direito a um meio ambiente sadio 1. Toda pessoa tem direito a viver em meio ambiente sadio e a contar com os serviços públicos básicos. 2. Os Estados Partes promoverão a proteção, preservação e melhoramento do meio ambiente.

5 Art. 19, §6. Caso os direitos estabelecidos na alínea a do artigo 8, e no artigo 13, forem violados por ação imputável diretamente a um Estado Parte deste Protocolo, essa situação poderia dar lugar, mediante participação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e, quando cabível, da Corte Interamericana de Direitos Humanos, à aplicação do sistema de petições individuais regulado pelos artigos 44 a 51 e 61 a 69 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Contudo, tal não importa em preconizar a impossibilidade de apreciação pelo sistema interamericano de violações ambientais, uma vez que devem ser consideradas as normas de interpretação relativas à Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem e a Convenção Americana de Direitos Humanos. Neste sentido, a reivindicação do direito ao meio ambiente sadio é plenamente justificada como necessária à consecução dos demais direitos e à consequente proteção da humanidade.

A concepção do meio ambiente sadio como interesse comum do gênero humano e essencial à sua sobrevivência situa a discussão ambiental no âmbito dos direitos humanos. Desta forma, embora o Pacto de San Salvador restrinja a utilização do mecanismo de petição individual para a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, a conexão existente entre a questão ambiental e os direitos humanos traz a defesa de uma proteção ambiental pela ‘via reflexa’ ou por ‘ricochete’ no âmbito da Comissão e da Corte Interamericana.

Na impossibilidade de uma violação ambiental ser apreciada diretamente pelos citados órgãos, as inter-relações de violações dessa natureza com as violações aos direitos individuais, políticos, econômicos, sociais e culturais criam condições de possibilidade para a atribuição de maior eficácia ao direito ao meio ambiente sadio e equilibrado.

É imperioso destacar que, além dos instrumentos abordados, países da América Latina e Caribe celebram, em março de 2018, na Costa Rica, o Acordo Regional sobre o Acesso à Informação, à Participação Pública e o Acesso à Justiça em Assuntos Ambientais, também conhecido como “Acordo de Escazú”, único tratado oriundo da Rio+20.

O Acordo de Escazú constitui um instrumento multilateral sem precedentes na região, pois, além de corroborar a importância do desenvolvimento sustentável na América Latina, é o primeiro tratado desse território a conter disposições específicas para a promoção e a proteção dos defensores de direitos humanos em assuntos ambientais. Este tema em específico é extremamente sensível na região e merece destaque no acordo, que considera o histórico de violações de ativistas de direitos humanos, dos defensores da terra e do meio ambiente. Além disso, traz normas que estabelecem a necessidade de participação pública nos processos de tomada ambiental, bem como disposições sobre a garantia de acesso à justiça e a informações ambientais.

3. O Greening no sistema regional interamericano

Conforme abordado, em face da impossibilidade direta de se reivindicar a proteção do direito ao meio ambiente sadio perante os órgãos do sistema interamericano, a proteção ocorre via ‘ricochete’, de modo a se resguardar direitos e garantias individuais, bem como as questões relativas aos direitos econômicos, sociais, culturais, em especial na última década.

Dada a inter-relação entre meio ambiente e direitos humanos, observa-se tanto na jurisprudência da Corte Européia de Direitos Humanos como na Corte Interamericana de Direitos Humanos a tendência de “greening” ou “ecologização” ou “esverdeamento”, fenômeno que ocorre quando se protegem direitos de cunho ambiental por meio de petições que contenham denúncias de violações de direitos

de primeira dimensão.

No caso específico do sistema interamericano, observa-se que o greening relaciona-se a violações de direitos dos povos originários, indígenas, quilombolas, ribeirinhos e coletividades camponesas prejudicadas com a ação predatória de grupos econômicos. Como exemplo tem-se que a única exceção do greening nesse sistema é o caso *Claude Reyes X Chile*, no qual a Corte reconheceu a responsabilidade estatal na recusa em fornecer acesso à informação sobre desflorestamento. Aqui, o direito de liberdade de expressão previsto no Pacto de São José tem seu alcance ampliado à necessidade estatal de garantir o acesso à informação de cunho ambiental.⁶

Por sua vez, no âmbito da Comissão Interamericana destacam-se: o Caso *Mercedes Julia Huentes Beroiza x Chile*, referente à desapropriação de mulheres indígenas de suas terras para a construção de usina hidroelétrica; *Povo Indígena Kichwa de Sarayacu v. Equador* e *Comunidades Indígenas Ngöbe e v. Panamá*, ambos relativos à concessão estatal de terras indígenas para exploração de empresas petrolíferas sem consulta prévia aos povos interessados; *Comunidades Indígenas Maia de Toledo v. Belize*, para exploração madeireira também sem prévio consentimento dos povos afetados; e o Caso *San Mateo Huanchor v. Peru*, em que uma empresa de mineração depositou lixo tóxico em terras ocupadas pelos camponeses.

Dentre outros casos, destaca-se igualmente a Resolução 12/85, em resposta ao caso *Yanomami v. Brasil* em razão dos impactos causados pela construção de uma rodovia em terras ocupadas pela etnia, bem como a solicitação da Medida Cautelar MC-382/10 das Comunidades tradicionais da bacia do Rio Xingu, que pleitearam a paralisação das obras da hidroelétrica da usina de Belo Monte. Neste caso, a Comissão determina ao Brasil, além da suspensão das obras, que se implementasse um procedimento de consulta prévia, como forma de assegurar a integridade dos povos em isolamento voluntário.

No âmbito da CIDH, casos que questionam o direito de propriedade acabam por conhecer mediante via reflexa as violações ambientais. Em *Sawhoyamaxa v. Paraguai* e *Saramaka v. Suriname*, a violação do direito de reconhecimento de personalidade jurídica é reconhecida pela Corte como forma de privação dos povos indígenas do contato com as terras tradicionalmente ocupadas. A Corte entende que o direito à vida transcende o direito de sobrevivência no caso *Akye Axa v. Paraguai*, compreendendo sobretudo condições dignas ao seu exercício mediante, por exemplo, o acesso aos benefícios da cultura, à saúde, à alimentação, à educação e ao meio ambiente sadio.

Em *Kawas Fernandes v. Honduras*, ao examinar a omissão do Estado em elucidar o assassinato de um defensor de causas ambientais, a Corte reconhece a situação de periculosidade em que viviam os militantes ambientais em Honduras.

Evidencia-se também a preocupação da CIDH em não restringir o direito ao meio ambiente, utilizando-se, além da via reflexa, o emprego do diálogo de fontes, tais como normas constitucionais dos Estados, tratados internacionais, seja de âmbito regional ou universal com vistas à primazia da norma mais favorável ao ser

6 Caso *Claude Reyes y otros v. Chile*. Sentença de 19 de setembro de 2006. Série C n. 151.

humano (técnica de interpretação pro homine).

A título de exemplo cabe mencionar o caso *Comunidade Indígena Sawhoyamaxa v. Paraguai*, no qual a CIDH analisa a Convenção 169 da OIT, bem como normas constitucionais do Paraguai para decidir sobre demarcação de terras indígenas. Em *Saramaka v. Suriname*, a CIDH reconhece a violação ao direito de propriedade comunal dos indígenas previstos no Pacto das Nações Unidas de Direitos Civis e Políticos, que pressupõe a garantia do direito de propriedade, sem qualquer distinção.

Outra característica deste fenômeno na jurisprudência da Corte Interamericana é a interpretação à luz do multiculturalismo, que tende a considerar práticas, saberes e culturas conectados a outros mundos com os quais os povos inferiorizados pela matriz colonial interagem. Neste caso, há construções interpretativas que respeitam modos de vida desprezados pela matriz colonial, conferindo a possibilidade de abertura a caminhos que fazem alianças entre saberes científicos com formas de viver não coloniais.

Em *Moiwana v. Suriname*, a CIDH reconhece o dano espiritual ao povo N'djuka Maroon. O exército, ao expulsar a etnia de suas terras tradicionalmente ocupadas, cometeu uma série de assassinatos. De acordo com seus membros, eles não poderiam retornar às suas terras, pois seriam atormentados por espíritos vingadores, uma vez que não puderam fazer os rituais de purificação da terra para se reconciliarem com os mortos na matança. Diante desta situação, em posição de vanguarda, a CIDH reconhece os danos espirituais, por violação de direitos previstos na Convenção Americana de Direitos Humanos, em um movimento de resgate e reaproximando-se da cosmovisão dos povos nativos.

Last, but not least, em abril de 2020, em decisão inédita, a CIDH responsabiliza a Argentina pela violação dos direitos à propriedade comunitária indígena, à identidade cultural, ao meio ambiente saudável, ao alimento e à água no caso da Associação Lhaka Honrat. A situação está relacionada ao pedido de reconhecimento da propriedade de terras pelas comunidades indígenas Wichí (Mataco), Iyjawaja (Chorote), Komlek (Toba), Niwackle (Chulupí) e Tapy'y (Tapiete) na província de Salta. A Associação dessas comunidades denunciou violações pela presença de outros moradores nas terras tradicionalmente ocupadas e pela construção de uma ponte internacional, a qual acarretou uma série de danos à propriedade coletiva.

Pela primeira vez, de forma direta, e não por 'ricochete', a Corte analisa os direitos a um meio ambiente saudável, à alimentação adequada, à água e à identidade cultural de forma autônoma a partir do artigo 26 da Convenção Americana. Ordena medidas específicas de reparação da restituição desses direitos, inclusive, de ações de acesso à água e a alimentos, a recuperação de recursos florestais e a recuperação da cultura indígena. Essa decisão evidencia um grande avanço por parte da Corte no sentido de fortalecer e garantir maior efetividade do direito ao meio ambiente sadio no sistema interamericano.

Considerações Finais

Com a crescente devastação ambiental, constatou-se a necessidade de se buscar um diálogo consensual entre os países a respeito da necessidade de proteção ambiental. Apesar de a agenda internacional do século XXI fundamentar-se na tríade direitos humanos, democracia e meio ambiente, muitos documentos devotados às causas ambientais carecem de obrigatoriedade jurídica, o que dificulta sua observância.

Verificou-se um movimento no sistema interamericano de proteção dos direitos humanos para conferir maior eficácia e, também, efetividade ao direito ao meio ambiente sadio. Neste contexto, a Comissão e a Corte interamericana têm se esforçado para ampliar a interpretação da Convenção Americana de forma a fortalecer a temática ambiental. O fenômeno do *greening* nos precedentes da Corte revelou o emprego de construções e de recursos significativos para tal desiderato, tais como a utilização do diálogo de fontes e a interpretação à luz do multiculturalismo, apontando em um sentido de vanguarda ao analisar diretamente, pela primeira vez, o direito ambiente sadio e reconhecer a responsabilidade estatal por sua violação no caso da Associação Lhaka Honhat.

Os avanços da Corte na temática ambiental foram auspiciosos e trouxeram esperança ao fortalecimento do direito ao meio ambiente sadio no continente latino-americano. Todavia, para que haja avanços significativos é necessário que os governos parem de atuar como coautores da lógica de depredação ambiental levada a cabo por corporações e busquem, de fato, modelos de desenvolvimento efetivamente emancipadores que sejam centrados na união de saberes com povos originários e no combate às desigualdades sociais e à dependência econômica da exploração dos recursos naturais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Direitos humanos e meio ambiente: paralelo dos sistemas de proteção internacional. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Tratado de direito internacional dos direitos humanos. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1999. v. II.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS – CIDH. “Protocolo De San Salvador”: Protocolo adicional à Convenção Americana Sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Disponível em: http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/e.Protocolo_de_San_Salvador.htm. Acesso em: 09/05/16.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS - IDH. Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Direitos dos povos indígenas. Caso Comunidad Awá Tingni Mayagna (Sumo) vs. Nicarágua. Sentença de 31 de agosto de 2001. Série C, n. 79. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/jurisprudencia-corte-interamericana-direitos-

dos-povos-indigenas.pdf. Acesso em: 07/12/2020

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS - IDH. Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Direitos dos povos indígenas. Caso *Moiwana vs. Suriname*. Sentença de 15 de junho de 2005. Série C, n. 124, parágrafo 86. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/jurisprudencia-corte-interamericana-direitos-dos-povos-indigenas.pdf. Acesso em: 07/12/2020

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS - IDH. Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Direitos dos povos indígenas. Caso *Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguai*. Sentença de 29 de março de 2006. Série C, n. 146. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/jurisprudencia-corte-interamericana-direitos-dos-povos-indigenas.pdf. Acesso em: 07/12/2020

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS - IDH. Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Direitos dos povos indígenas. Caso *Claude Reyes y otros*. Sentença de 19 de setembro de 2006. Série C, n. 151. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/jurisprudencia-corte-interamericana-direitos-dos-povos-indigenas.pdf. Acesso em: 07/12/2020

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS - IDH. Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Direitos dos povos indígenas. Caso *Kawas Fernández vs. Honduras*. Sentença de 3 de abril de 2009. Série C, n. 196. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/jurisprudencia-corte-interamericana-direitos-dos-povos-indigenas.pdf. Acesso em: 07/12/2020

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS - IDH. Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Direitos dos povos indígenas. Caso *comunidades indígenas miembros de la asociación lhaka vs. honhat (nuestra tierra) vs. Argentina*. Sentença de 6 de fevereiro de 2020. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/jurisprudencia-corte-interamericana-direitos-dos-povos-indigenas.pdf. Acesso em: 07/12/2020

KRENAK, Ailton. *Ideias para adiar o fim do mundo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2020.

LEGALE, Siddharta; ARAUJO, Luiz Claudio Martins de. *Direitos humanos na prática interamericana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

MACAS, Luis. *Sumak Kawsay: la vida em plenitude*. Revista américa latina em movimiento, Quito: Equador, v. 52, p 14-16, 2010.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2011.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. TEIXEIRA, Gustavo de Faria Moreira. *O Direito Internacional do Meio Ambiente e o Greening da Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Revista Direito GV, São Paulo, jan.-jun. 2013, p. 199-242.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

VASAK, Karel. The international dimensions of human rights. Tradução e rev. Phillip Aston. Connecticut: Greenwood Press, 1982.

O custo dos direitos e os deveres: outra perspectiva de análise sobre os direitos sociais

the Cost of rights and duties: another perspective of analysis on social rights

Zélia Luiza Pierdoná¹

Fábio da Silva Veiga²

Sumário: Introdução; 1. Contextualização temporal dos direitos fundamentais; 2. Os custos dos direitos; 3. Os deveres como sustentáculo dos direitos; Considerações finais; Referências.

Resumo: A compreensão acerca da prestação dos direitos segue uma tendência peculiar. A crença em uma prestação ilimitada, como se no caminho de acesso aos direitos não existissem critérios de seletividade, definição de prioridades e gestão dos recursos, conduz o debate a um nível que oferece pouca contribuição prática ao operador do direito. Além disso, a insustentabilidade de tal perspectiva vem sendo cada vez mais demonstrada, de modo que deve ser repensada a dinâmica de oferta dos direitos. Isso porque, se por um lado as necessidades são infinitas, por outro, os recursos são finitos. Nesse viés, importa compreender que direitos fortalecidos demandam compromisso com os deveres, pensamento que é central quando da análise dos custos dos direitos.

Palavras-chave: Direitos sociais; Custos dos direitos; Deveres.

Abstract: The understanding of the provision of rights follows a peculiar trend. The belief in unlimited provision, as if in the path of access to rights there were no criteria for selectivity, definition of priorities and management of resources, leads the debate to a level that offers little practical contribution to the operator of the right. In addition, the unsustainability of such a perspective has been increasingly demonstrated, so the dynamics of the supply of rights must be rethought. This is because, on the one hand, the needs are infinite, on the other, the resources are finite. In this bias, it is important to understand that strengthened rights require commitment to duties, a thought that is central when analyzing the costs of rights.

Keywords: Social rights; Costs of rights; Duties.

1 Professora da Universidade Presbiteriana Mackenzie, vinculada à Graduação e ao Programa de Pós-graduação em Direito Político e Econômico. Líder do Grupo de Pesquisa CNPq “O Sistema de Seguridade Social”. Doutora e Mestre em Direito pela PUC/SP. Estágio de Pós-doutorado na Universidade Complutense de Madri. Procuradora Regional da República. E-mail: zelia.pierdona@hotmail.com.

2 Professor Doutor de Direito Empresarial da Universidade de Almería, Espanha. Doutor em Direito Empresarial pela Universidade de Vigo – Prêmio Extraordinário de Tese de doutorado. Pesquisador da CAPES no Exterior – Universidade de Alcalá Presidente do Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos – IberoJur. E-mail: fabiojus@ual.es.

Introdução

A concessão de direitos é um assunto que permeia muitas das discussões não apenas no Brasil.

No ordenamento jurídico brasileiro, a Constituição brasileira³, em seu art. 5º, estipulou um extenso rol de direitos e garantias individuais e coletivas, o qual é sucedido de 78 (setenta e oito) minuciosos incisos. Além deles, o art. 6º enuncia uma série de direitos sociais: educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, transporte, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, assistência aos desamparados.

Sem contar os capítulos, títulos e sessões dedicados exclusivamente a determinação de direitos como segurança pública (capítulo III do título V), política urbana (capítulo II do título VII), política agrícola e fundiária (capítulo III do título VII), seguridade social (capítulo II do título VIII) e seus três subsistemas (saúde, previdência social e assistência social), educação, cultura e desporto (capítulo III do título VIII), dentre outros.

Tantos direitos sociais previstos na Constituição levou à crença de que bastaria solicitá-los ao Estado para que fossem prontamente concretizados. Contribui para o referido entendimento o disposto no art. 5º, §1º da Constituição⁴, segundo o qual “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Contudo, a realidade impõe desafios maiores. Num país com históricos de desigualdade sociais tão profundas, como o Brasil, o enunciado do art. 6º se mostrou um alvo difícil de alcançar, o que desafia constantemente os governantes no sentido de equilibrar intenção e possibilidade, ideal e real, hipótese e fato.

A busca por esse equilíbrio é conturbada e muitas vezes mal interpretada. Algumas vezes é entendida como uma espécie de militância pela regressão dos direitos sociais. Entretanto, o equilíbrio entre possibilidade e necessidade não implica na defesa pela regressão dos direitos sociais. Ao contrário, a referida percepção deriva do reconhecimento de que se os recursos são escassos e finitos (como de fato o são), imprescindível que algum critério de seleção seja aplicado quando do seu fornecimento, de maneira que aqueles que mais necessitam sejam contemplados com prioridade.

Com o término das chamadas “décadas gloriosas” do Welfare State, cresceu o reconhecimento de que o aludido modelo de Estado é difícil de ser sustentado. Nasceu daí a preocupação em contrabalancear dois elementos: necessidade e possibilidade, de maneira que soluções passaram a ser pensadas com o intuito de encarar o referido desafio.

O equilíbrio entre necessidades e possibilidades exige a análise dos custos dos direitos, bem como dos deveres correlatos ou autônomos, temas que serão objetos do presente estudo.

Intimamente relacionada à análise dos custos dos direitos está a ideia de que direitos fortes exigem deveres igualmente fortes. Essa noção, exprime que uma prestação estatal vigorosa requer do cidadão um comprometimento com o seu papel

3 BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 1988.

4 Idem.

na sociedade. Em outras palavras, requer consciência e aceitação sobre os deveres.

O artigo utilizará do método dedutivo, com suporte no ordenamento jurídico brasileiro e nas principais revisões bibliográficas atinentes ao assunto.

1. Contextualização temporal dos direitos fundamentais

A história dos direitos fundamentais tem origem com o advento do constitucionalismo moderno, que se iniciou por volta dos anos 1787/1791, com a promulgação das Constituições norte-americana e francesa⁵. De cunho notadamente liberal, essas constituições tinham como objetivo limitar os poderes políticos do Estado, até então marcado pelo absolutismo e pela concentração do poder nas mãos de um único dirigente⁶.

Se num primeiro momento a intenção foi resguardar direitos e garantias individuais, posteriormente, com o advento da Primeira Guerra Mundial, ficou evidenciado que não bastava a previsão constitucional da igualdade para que ela, de fato, fosse realizada⁷. Carências materiais mínimas, como fome e desemprego, representavam um enorme entrave no caminho para a liberdade. Para Flávio Martins⁸ “a liberdade por si só, era um remédio inócuo aos famintos e oprimidos”.

Nasce daí o chamado constitucionalismo social, cuja principal característica é a elevação de direitos sociais no âmbito constitucional, com obrigações prestacionais que devem ser fornecidas especialmente pelo Estado, de maneira a pavimentar o caminho até as liberdades. São marcos relevantes desse momento a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição Alemã de Weimar, de 1919⁹.

Logo o constitucionalismo social se espalhou, levando a um novo momento, à denominada “era dos direitos”, a qual é caracterizada pela “inversão (...) ocorrida na relação entre Estado e cidadãos”¹⁰. Em outras palavras, os direitos foram elevados a um patamar superior, enquanto o debate sobre as condições necessárias à sua prestação foram perdendo forças. Nenhum argumento é suficientemente importante para questionar determinado direito.

Se isso funcionou por um período, nos dias de hoje se mostra insustentável. Crises, pandemias e transformações sociais, marcas tão próprias dos tempos atuais, passaram a questionar a sustentabilidade dessa dinâmica, de maneira que um novo debate, em torno dos custos dos direitos e dos deveres a eles correlatos passou a surgir.

2. Os custos dos direitos

Reflexões preocupadas com a sustentabilidade da prestação dos direitos sociais começaram a germinar quando as “três décadas gloriosas” (assim compreendidas

5 MARTINS, Flávio. Curso de Direito Constitucional. 3 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 920.

6 Idem.

7 Idem.

8 Idem.

9 Idem.

10 BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, 8ª tiragem, p. 02.

como o período que se seguiu ao final da Segunda Guerra Mundial, aproximadamente entre os anos de 1945 a 1975, e que foi marcado como uma era de expansão dos direitos sociais) passaram a evidenciar seus sinais de cansaço.

No início da década de 90, nos Estados Unidos, com o lançamento da obra *O custo dos direitos: porque a liberdade depende dos impostos*, de Stephen Holmes e Cass Sunstein¹¹, o custo inerentes a todos os direitos (individuais e sociais) passou a ser analisado.

Segundo os autores, a tradicional separação entre direitos individuais e sociais (como se os primeiros fossem direitos negativos, de abstenção, e os segundos direitos positivos, de ação) não merece prosperar, já que todos os direitos envolvem custos para que sejam efetivados.

Pensamento similar é o de Catarina dos Santos Botelho, para quem:

Em boa verdade, não são apenas os direitos constitucionais positivos – nos quais se incluem os direitos sociais – que custam dinheiro. Com efeito, tem-se como apodítico que os custos são transversais, pelo que todos os direitos fundamentais constitucionalmente garantidos têm “implicações orçamentais” (...). Os direitos fundamentais, quer os direitos, liberdades e garantias, quer os direitos sociais possuem custos financeiros públicos, pelo que não existem “direitos fundamentais gratuitos, direitos fundamentais de borla”¹².

Nesse sentido, impingir aos direitos sociais o carimbo de “direitos que demandam custos do Estado”, em contraposição aos direitos individuais, conduz ao falso entendimento de que basta a inação estatal para que os direitos de liberdade sejam cumpridos. Basta que o Estado não interfira na esfera de liberdade das pessoas e tem-se concretizado um direito individual.

Passa-se a impressão de que os direitos individuais são gratuitos, ausentes de dispêndios materiais e, para sua efetivação não exigem outro comportamento do Estado senão a conduta omissiva, o que não condiz com a realidade, tampouco com a forma pela qual os direitos individuais são operados.

Alguns exemplos como a proteção da propriedade privada, a disponibilização de serviços de resgates (como Corpo de Bombeiros e SAMUs), a organização do processo eleitoral e a própria organização do Poder Judiciário, demonstram que, na prática, a estrutura de proteção dos direitos negativos também exige investimentos.

Para Holmes e Sunstein¹³, é comum a ideia de que “o governo liberal deve se abster de violar direitos; deve ‘respeitar’ os direitos. Mas essa maneira de falar é enganosa, pois reduz o papel do governo ao de um mero observador inativo”.

De fato, os direitos de liberdade, assim como os direitos sociais demandam custos, uma vez que “só serão protegidos caso encontrem um protetor, caso exista um órgão supervisor do Estado (...) capaz de impor sua vontade aos violadores ou potenciais violadores”¹⁴ dos direitos individuais.

11 HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *O custo dos direitos: Porque a liberdade depende dos impostos*. 1 ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019, ePub.

12 BOTELHO, Catarina Santos. *Os Direitos Sociais em Tempos de Crise: ou revisitar as normas programáticas*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 122.

13 HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *O custo dos direitos: Porque a liberdade depende dos impostos*. 1 ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019, ePub, n.p.

14 Ibidem, n.p.

Sempre haverá custos inerentes ao exercício dos direitos, ainda que os gastos dispendidos com os direitos individuais não perfaçam o mesmo montante que os dispendidos com os direitos sociais.

Nesse aspecto, Catarina dos Santos Botelho¹⁵ esclarece que “apesar das reservas com que a doutrina hoje encara a figura dos direitos negativos versus direitos positivos, certo é que os direitos sociais tendem a apresentar-se classicamente como direitos de prestação e talvez aí possamos inserir a esmagadora maioria deles”. E continua: “não se estranhe ou se tome por bizarra a afirmação de que os direitos sociais são direitos especialmente onerosos e, nessa medida, a sua proteção varia consoante as possibilidades económicas, financeiras e culturais de um determinado Estado”¹⁶.

Importa esclarecer, todavia, que por custos, entende-se não apenas os recursos financeiros empregados para a execução de determinada política pública, mas também custos não financeiros, como pessoal especializado, equipamentos, aparelhagem etc.

Veja-se, por exemplo, o atual momento da pandemia do novo coronavírus (Covid-19): chegou-se a um ponto no qual as perguntas ficaram mais complexas. Hoje é necessário responder não apenas à questão de quanto dinheiro será investido nas ações de enfrentamento da doença. É preciso oferecer respostas à escassez de profissionais; à carência de leitos e equipamentos médicos, como respiradores e oxigênio (relembrando os recentes e lamentáveis acontecimentos que acometeram o Norte do país) e a incapacidade de produção de vacinas em larga escala.

Nem todo investimento financeiro tem o condão de lidar com essas restrições, uma vez que são limitações impostas por outros fatores que não os económicos, como a capacidade de produção, (in)existência de insumos no mercado e a formação profissional.

De acordo com Gustavo Amaral¹⁷ “além da questão financeira, há recursos não financeiros, como órgãos, pessoal especializado e equipamentos, que são escassos em comparação com as necessidades”. Para o autor:

Mesmo que não houvesse restrições financeiras, haveria necessidade da adoção de critérios de escolha, de alocação de recursos, na distribuição de recursos médicos, mesmo aqueles necessários ao salvamento de vidas. Todo desenvolvimento tecnológico é seguido por um extenso período no qual o tratamento é escasso¹⁸.

Se todos os direitos têm custos, sejam eles financeiros ou não, quanto mais direitos existirem maior deverá ser o aparato voltado à sua proteção. E a proteção e a consequente promoção de direitos não se dá sem que alicerces fortes sejam construídos para sustentá-los. Alicerces esses capazes de imprimir aos direitos a potência e o vigor que as normas jurídicas buscam conferir-lhes.

15 BOTELHO, Catarina Santos. Os Direitos Sociais em Tempos de Crise: ou revisitar as normas programáticas. Coimbra: Almedina, 2015, p. 119.

16 Ibidem, p. 121.

17 AMARAL, Gustavo. Direito, escassez e escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 136.

18 Ibidem, p. 145.

Nesse contexto, não há como afastar que o principal alicerce do Estado em prol da concessão de direitos é a cobrança de tributo. Para José Casalta Nabais:

os actuais impostos¹⁹ são um preço: o preço que todos, enquanto integrantes de uma dada comunidade organizada em estado (moderno), pagamos por termos a sociedade que temos. Ou seja, por dispormos de uma sociedade assente na liberdade, de um lado, e num mínimo de solidariedade, de outro²⁰.

No mesmo sentido, Marianna Martini Motta Loss²¹ sustenta que “não é por meio do vácuo orçamentário que os direitos, (...), são implementados”.

Se direitos são garantidos mediante a cobrança de tributos, uma sociedade que valoriza os seus direitos assume conscientemente a contrapartida necessária à sua prestação. Ou seja, reconhece a importância da participação de todos na construção desse objetivo, tomando-o como dever.

3. Os deveres como sustentáculo dos direitos

Embora pacífico que direitos só existem se há deveres, a contraprestação do cidadão é matéria que muitas vezes fica renegada a um segundo plano, como se dessa relação não dependessem as mais caras intenções normativas.

Norberto Bobbio²² sustenta que a formação do Estado Moderno trouxe consigo uma radical inversão de perspectiva, representada pela sucessão da relação soberano/súditos pela relação Estado/cidadão. Segundo o autor essa relação:

é encarada, cada vez mais, do ponto de vista dos direitos dos cidadãos não mais súditos, e não do ponto de vista dos direitos do soberano, em correspondência com a visão individualista da sociedade, segundo a qual, para compreender a sociedade, é preciso partir de baixo, ou seja, dos indivíduos que a compõem, em oposição à concepção orgânica tradicional, segundo a qual sociedade como um todo vem antes dos indivíduos²³.

A marca desse período é a colocação do indivíduo como centro do sistema normativo constitucional, o que acabou por enfraquecer o sentimento comunitário. Tanto que o reconhecimento de si próprio enquanto parte essencial do processo de construção coletiva dos direitos restou diminuído. No momento atual, “se é verdadeiro que a população a cada dia está mais consciente de seus direitos, não se pode dizer o mesmo dos deveres”²⁴.

No mesmo sentido, Júlio Pinheiro Faro assevera que:

(...) os deveres fundamentais são o óbvio que não se quer ver, e que quando são vistos,

19 Considerando o ordenamento jurídico brasileiro é mais adequado utilizar o termo tributos e não apenas impostos. Isso porque no Brasil as contribuições sociais, especialmente as de seguridade social, representam, no âmbito federal, um volume de receita superior àquela dos impostos. Além disso, muitas delas só se diferenciam dos impostos pela destinação. Exemplo disso é a contribuição social sobre o lucro e o imposto de renda das empresas.

20 NABAIS, José Casalta. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. Revista Direito Mackenzie, v. 3, n. 2, 2015, p. 22.

21 LOSS, Marianna Martini Motta. O dever fundamental de pagar impostos como meio de efetivação dos Direitos Sociais. Revista Jurídica Luso-Brasileira, ano 1, n° 2, 2015, p. 1485-1486.

22 BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, 8ª tiragem, p. 04.

23 Idem.

24 TAVARES, Henrique da Cunha; PEDRA, Adriano Sant’Ana. A eficácia dos deveres fundamentais. Derecho y cambio social, v. 11, n. 37, p. 05.

normalmente o são de uma maneira egoística, ou seja, apenas o outro tem deveres a cumprir. E isso tem resultado em um paradoxo. O excesso de preocupação com a eficácia dos direitos tem deixado na penumbra a questão dos deveres, resultando em algo bastante interessante, o impedimento da concretização dos próprios direitos²⁵.

Para Henrique da Cunha Tavares e Adriano Sant'Ana Pedra²⁶, falar em deveres não é algo bem recebido por parte da sociedade, pois, remete à compreensão de supressões, limitações e imposições.

Esse entendimento, na aceção de José Casalta Nabais²⁷, decorre do momento histórico do pós-guerra. De fato, após um longo período de privação de liberdades e de desrespeito a direitos humanos fundamentais, foi necessário buscar mecanismos que garantissem que as barbáries ocorridas nesse período não tornariam a acontecer. “Era, pois, necessário exorcizar o passado dominado por deveres, ou melhor, por deveres sem direitos”²⁸.

Tanto que a maior preocupação vigente naquele momento era “a instituição ou fundação de regimes constitucionais suficientemente fortes no respeitante à proteção dos direitos e liberdades fundamentais”²⁹.

Justificável a preocupação naquele contexto. Contudo, atualmente não há mais espaço para se falar em direitos desconsiderando os correspondentes deveres.

As situações cotidianas sofisticaram o estudo dos custos dos direitos a tal ponto que se tornou possível conceber o estabelecimento dos deveres como uma expressão da solidariedade e do comunitarismo. Portanto, são os deveres que possibilitam que os direitos sejam gozados em sua plenitude.

Nesse sentido, Holmes e Sunstein³⁰ compreendem que o estabelecimento de impostos nada mais é que uma forma comunitária de cooperação institucionalizada, que age em prol da efetivação tanto das liberdades individuais quanto dos direitos sociais. Desse modo, o estudo do custo dos direitos destina-se a incentivar políticas públicas ponderadas³¹.

Felipe Barcarollo³² assevera que o dever fundamental de pagar impostos constitui “requisito intransponível para a implementação de políticas públicas, com vistas à concretização da justiça e da solidariedade sociais”.

O autor defende ainda que:

A concretização dos direitos sociais, através das políticas públicas, torna-se possível através dos meios ou instrumentos de que disponibiliza o Estado: os serviços públicos. Destarte, para a implementação de políticas públicas, que garantam aos cidadãos os direitos sociais elencados na Carta Constitucional de 1988, necessário se faz o financiamento estatal, através do papel/função do imposto no contexto do

25 FARO, Júlio Pinheiro. Políticas públicas, deveres fundamentais e concretização de direitos. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 10, n. 1, 2013, p. 266.

26 TAVARES, Henrique da Cunha; PEDRA, Adriano Sant'Ana. A eficácia dos deveres fundamentais. *Derecho y cambio social*, v. 11, n. 37, p. 05.

27 NABAIS, José Casalta. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. *Revista Direito Mackenzie*, v. 3, n. 2, 2015, p. 13.

28 Idem.

29 Idem.

30 HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *O custo dos direitos: Porque a liberdade depende dos impostos*. 1 ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019, ePub, n.p.

31 Idem.

32 BARCAROLLO, Felipe. O dever fundamental de pagar impostos como condição de possibilidade para a implementação de políticas públicas. *Revista de finanças públicas, tributação e desenvolvimento*, v. 1, n. 1, 2013. p. 03.

Estado Democrático de Direito brasileiro³³.

Além do pagamento de tributos, há outras formas de participação e cumprimento dos deveres fundamentais, como os deveres de defesa, deveres de participação política, deveres de acesso à educação e de respeito ao ordenamento jurídico, dentre outros. Para Nabais³⁴ “se foram formando tantas camadas de deveres fundamentais quantas as camadas de direitos”.

Segundo o referido autor:

Os deveres ou custos dos direitos que outra coisa não são senão a responsabilidade comunitária que os indivíduos assumem ao integrar uma comunidade organizada, mormente uma comunidade organizada no estado (moderno). O que faz dos indivíduos, verdadeiras pessoas, ou seja, membros ao mesmo tempo livres e responsáveis da sua comunidade³⁵.

Assim, a conscientização acerca da necessidade de cumprimento dos deveres não compreende única e exclusivamente o dever de pagar tributos, mas, de maneira mais ampla, a adoção de medidas comprometidas com o coletivo,

De fato, é preciso compreender os deveres como as ferramentas, os instrumentos que conduzem à realização de direitos, e não o contrário. Não são os deveres mitigadores dos direitos e sequer possuem uma função meramente impositiva sobre o cidadão, já que são formas de efetivação de direitos.

Enfim, a íntima relação existente entre a prestação de direitos e os correspondentes deveres, ou ainda, os correspondentes custos, não pode mais ser ignorada. É preciso compreender os deveres como sustentáculos dos direitos, de maneira que a quantidade de direitos almejada deve ser proporcionalmente a de deveres exigidos.

Do contrário, a situação na qual a Constituição deixa de responder satisfatoriamente aos anseios sociais será perpetuada ainda por mais tempo, levando ao agravamento da confiança nas instituições públicas.

Considerações finais

A dinâmica de prestação dos direitos vem mudando já há algum tempo. As promessas de prestações amplas e “ao alcance das mãos” se mostraram algo difícil de subsidiar a longo prazo, de maneira que é imperioso procurar por modelos de prestação mais sustentáveis, o que representa um enorme desafio.

Embora não existam soluções fáceis para problemas difíceis, tais constatações verteram luz sobre pontos até então subestimados nas ciências jurídicas: o tratamento dado aos correspondentes deveres e os custos dos direitos. Subjugados por muito tempo, recentemente tal debate voltou à tona. Busca-se possíveis soluções para os problemas causados pela expansão de direitos ocorrida no período do pós-guerra.

Antes de limitações ou supressões de liberdades, os deveres devem ser entendidos como os instrumentos que fomentam os direitos e permitem que eles

33 Idem.

34 NABAIS, José Casalta. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. Revista Direito Mackenzie, v. 3, n. 2, 2015, p. 15.

35 Ibidem, p. 28.

sejam efetivados. São eles codependentes, de maneira que o apreço por direitos vastos deve necessariamente estar calcado na consciência e no comprometimento com os correspondentes deveres.

Para que o equilíbrio entre necessidade e possibilidade seja alcançado, imprescindível que cada um tome parte de seu papel de cidadão na sociedade, reconhecendo que o liame entre administrador e administrado é uma via de mão dupla.

Referências

AMARAL, Gustavo. Direito, escassez e escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BARCAROLLO, Felipe. O dever fundamental de pagar impostos como condição de possibilidade para a implementação de políticas públicas. Revista de finanças públicas, tributação e desenvolvimento, v. 1, n. 1, 2013. Disponível em < <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfptd/article/view/4764>>. Acesso em 12 mar. 2021.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, 8ª tiragem.

BOTELHO, Catarina Santos. Os Direitos Sociais em Tempos de Crise: ou revisitar as normas programáticas. Coimbra: Almedina, 2015.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 13 mar. 2021.

FARO, Júlio Pinheiro. Políticas públicas, deveres fundamentais e concretização de direitos. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 10, n. 1, 2013, p. 250-269. Disponível em < <https://search.proquest.com/docview/1508972592?pq-origsite=gscolar&fromopenview=true>>. Acesso em 14 mar. 2021.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. O custo dos direitos: Porque a liberdade depende dos impostos. 1 ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019, ePub.

LOSS, Marianna Martini Motta. O dever fundamental de pagar impostos como meio de efetivação dos Direitos Sociais. Revista Jurídica Luso-Brasileira, ano 1, nº 2, 2015, p. 1457-1510. Disponível em < http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2015/2/2015_02_1457_1510.pdf>. Acesso em 12 mar. 2021.

MARTINS, Flávio. Curso de Direito Constitucional. 3 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

NABAIS, José Casalta. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. Revista Direito Mackenzie, v. 3, n. 2, 2015. Disponível em <<http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd/article/viewFile/7246/4913>>. Acesso em 10 mar. 2021.

TAVARES, Henrique da Cunha; PEDRA, Adriano Sant'Ana. A eficácia dos deveres

fundamentais. *Derecho y cambio social*, v. 11, n. 37, p. 10-19, 2014. Disponível em <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4750348>>. Acesso em 12 mar. 2021.

VIEIRA, Pedro Gallo; PEDRA, Adriano Sant'Ana. O rol de deveres fundamentais na Constituição como *numerus apertus*. *Derecho y Cambio Social*, v. 10, n. 31, p. 9, 2013. Disponível <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5490729.pdf>>. Acesso em 12 mar. 2021.

A proteção de dados na administração pública como direito fundamental: obstáculos e avanços

Data Protection in Public Administration as a Fundamental Right: obstacles and advances

Alberto Barella Netto¹

Vithor Assunção Sousa²

Sumário: 1. A Proteção de Dados e a Administração Pública; 2. A Proteção de Dados dos Administrados e suas consequências nocivas; 3. Evolução da proteção digital no Direito Brasileiro e desafios atuais; Considerações Finais.

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo exemplificar as formas atuais de proteção de dados do cidadão e realizar um paralelo de como a Administração Pública trata o assunto. Ainda, busca-se demonstrar as consequências nocivas do vazamento de dados pessoais dos cidadãos. Nesse sentido, é de suma importância conhecermos os mecanismos jurídicos existentes para a resolução de eventuais problemáticas em relação à proteção de dados pessoais. Busca-se também, dar sentido e valor ao conceito da proteção de dados pessoais como direito fundamental, sob o olhar do princípio da dignidade da pessoa humana. Demonstrar-se-á a evolução da legislação brasileira e como foi a trajetória evolutiva de proteção aos dados pessoais no ordenamento jurídico. Enfatiza-se na presente pesquisa o valor da dignidade da pessoa humana pois a sociedade que reconhece a importância desse princípio, reflete na legislação os valores que devem ser concebidos e assim resultam em mecanismos eficazes de proteção. Ferramentas que na prática podemos observar atualmente na construção da estrutura dos órgãos públicos, tendo em vista a Lei Geral de Proteção de Dados e seus desdobramentos. A metodologia de pesquisa utilizada no presente trabalho se baseia em análise da legislação, em livros jurídicos, artigos jurídicos em revistas de Direito e discussões doutrinárias sobre o tema.

Palavras-chave: Proteção de Dados; Direitos Fundamentais; Administração Pública.

Abstract: The present work aims to exemplify the current forms of data protection for citizens and to make a parallel of how Public Administration deals with the subject. It also seeks to demonstrate the harmful consequences of the leakage of citizens' personal data. In this sense, it is of utmost importance to know the existing legal mechanisms for the resolution of any problems in relation to the protection of personal data. It also seeks to give meaning and value to the concept of protection of personal data as a fundamental right, under the look of the principle of human dignity. The evolution of Brazilian legislation and the evolution of the protection of personal data in the legal system will be demonstrated. The present research emphasizes the value of human dignity because the society that recognizes the importance of this principle, reflects in the legislation the values that must be conceived and thus result in effective protection mechanisms. Tools that in practice we can currently observe in the construction of the structure of public agencies, in view of the General Data Protection Law and its consequences. The research methodology used in this paper is based on analysis of legislation, legal books, legal articles in law magazines and doctrinal discussions on the subject.

Keywords: Data Protection; Fundamental Rights; Public Administration.

1 Doutorando em Administração na Universidade do Vale do Rio dos Sinos; Mestre em Administração pelo UNI-FACEF - Centro Universitário de Franca-SP, tendo o título de Mestre em Gestão Empresarial, linha de pesquisa em Desenvolvimento Regional; Graduado em Ciências Contábeis pela Universidade de Rio Verde. Atualmente é Reitor da UniRV - Universidade de Rio Verde. Atua na área de Administração com ênfase em Ciências Contábeis e Finanças, Gestão Escolar do Ensino Superior. Possui diversos trabalhos apresentados e publicados em eventos científicos, além de ministrar aulas na Graduação e programas de Pós-Graduação na Universidade de Rio Verde. E-mail: barella@unirv.edu.br

2 Mestrando em Direito da Empresa e dos Negócios na Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2020); Pós-Graduado em Direito Penal pela Faculdade Damásio de Jesus de São Paulo (2018); Pós-Graduado em Direito Administrativo e Licitações pela Faculdade Única de Ipatinga-MG (2019); Servidor público pela Universidade de Rio Verde (2016); Advogado; Membro da comissão de Esportes e Lazer e da comissão do Agronegócio da OAB, ambas da subseção de Rio Verde-GO. E-mail: vithorassuncao13@gmail.com

1. A Proteção de Dados e a Administração Pública

A ideia de dignidade da pessoa humana e todas as outras do arcabouço dos direitos fundamentais originam-se pelo reconhecimento mútuo entre as pessoas acerca da noção de respeito e proteção jurídica quando estas se veem diante de violações na esfera de sua liberdade ou submetidas a intervenções opressivas. Tal premissa sustenta uma sociedade democrática que, para prevalecer “depende da efetividade dos direitos fundamentais e da existência de relações sociais de reconhecimento”.³

Isso importa dizer que a compreensão dos direitos fundamentais se vincula a paradigmas liberais, que se aproximam da proteção contra violações ou ingerências por parte do Estado.⁴

Nesse sentido, ainda que a proteção de dados pessoais não esteja positivada no texto constitucional brasileiro, como não o está em diversos diplomas internacionais e de direitos humanos esta não perde por si só tal status, mormente porque, tanto a proteção como a privacidade dos dados pessoais, têm sido fortemente reconhecidas pela sociedade que, para ver suas liberdades manifestadas de forma autônoma e livre dependem desse reconhecimento, que é conferido a toda a gama de direitos fundamentais já consagrados em momentos históricos anteriores.⁵

O que se busca com a proteção dos dados pessoais não é o sigilo dos dados em si, mas a garantia de uma comunicação restringida, situação que denota que a troca de informações privativa é que não pode ser violada por um sujeito não autorizado.

Partindo disso a proteção dos dados pessoais consegue ser melhor iluminada pelos princípios da dignidade da pessoa humana, do livre desenvolvimento da personalidade, do direito geral de liberdade, dentre outros, de forma que para a concretização destes a proteção aos dados deve ser rigorosamente observada por todos.

Nesse contexto, a consequência lógica da violação dos dados pessoais dos indivíduos é a de que, “sendo os dados projeções da personalidade, o seu tratamento, seja qual for, potencialmente pode violar direitos fundamentais”⁶, situação que, diante da fundamentalidade da sua expressão obriga todos os atores sociais à sua observância e respeito, sob o risco de abalo, inclusive, às bases democráticas que constituem uma sociedade livre.

Diante de tais fundamentos é necessariamente correto afirmar que a proteção dos dados pessoais é de responsabilidade e obrigatoriedade de todos os agentes que participam da sociedade organizada, o que atrai por certo, inclusive, a Administração

3 WOLFGANG SARLET, Ingo; AGOSTINI SAAVEDRA, Giovanni. Fundamentos Jusfilosóficos E Âmbito De Proteção Do Direito Fundamental À Proteção De Dados Pessoais. Revista Direito Público, [S.l.], v. 17, n. 93, jul. 2020. ISSN 2236-1766. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/4315>>. Acesso em: 19 dez. 2020. p. 4.

4 ALBERS, Marion. A complexidade da proteção de dados. Revista Brasileira De Direitos Fundamentais & Justiça, v. 10, n. 35, 19-45, dez. 2016. Disponível em: <<https://doi.org/10.30899/dfj.v10i35.93>>. Acesso em 20 dez. 2020. p. 3.

5 WOLFGANG SARLET, Ingo; AGOSTINI SAAVEDRA, Giovanni. Fundamentos Jusfilosóficos E Âmbito De Proteção Do Direito Fundamental À Proteção De Dados Pessoais. Revista Direito Público, [S.l.], v. 17, n. 93, jul. 2020. ISSN 2236-1766. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/4315>>. Acesso em: 19 dez. 2020. P. 7-9.

6 WOLFGANG SARLET, Ingo; AGOSTINI SAAVEDRA, Giovanni. FUNDAMENTOS JUSFILOSÓFICOS E ÂMBITO DE PROTEÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS. Revista Direito Público, [S.l.], v. 17, n. 93, jul. 2020. ISSN 2236-1766. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/4315>>. Acesso em: 19 dez. 2020. p. 15.

Pública, porquanto principal agente incumbido de realizar as entregas sociais esperadas, com destaque para aquelas relativas aos direitos da personalidade. Assim, a proteção de dados vincula-se diretamente à proteção da personalidade.

Sobre dados pessoais tanto o Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados Europeu (RGPD)⁷ quanto a Lei Geral de Proteção de Dados brasileira (LGPD)⁸ estabelecem em seus artigos 4º, nº 1 e 5º, I, respectivamente, que se referem a informações relativas a uma pessoa identificada ou identificável. Desta forma “o objetivo da proteção de dados não é a proteção de dados, mas dos indivíduos aos quais os dados se referem”.⁹

Por outro lado, a falta de transparência como dever fundamental do Poder Público não deve ser utilizada sob a pretensa de cumprimento dos limites de proteção impostos pela Lei Geral de Proteção de Dados. Até porque, um dos maiores objetivos das democracias atuais é o de possibilitar uma “rede de comunicação direta entre a administração e os administrados que resulte um aprofundamento democrático e em uma maior transparência e eficiência da atividade administrativa.”¹⁰

Essa obrigação de transparência não está impedida pelas limitações impostas pela nova lei, mormente porque se referem, de um modo geral, à publicidade dos registros das despesas públicas, registros de utilização dos recursos públicos, registro das competências e estrutura organizacional no que se relaciona aos atendimentos públicos, dentre outros, como bem delineado no artigo 8º da Lei de Acesso à Informação.¹¹

Tais disposições obrigam todos os participantes da vida em sociedade à observância da referida proteção, o que coloca a Administração Pública como agente principal presente de uma ponta a outra no que concerne à essa garantia, a uma porque é o principal agente social de posse de uma gama infindável de dados dos administrados o que o coloca como agente controlador e, a duas porque também necessita não só cumprir os critérios de proteção como também garantir que as violações a esse direito sejam reprimidas e devidamente punidas.

2. A Proteção de Dados dos Administrados e suas consequências nocivas

Delineada a questão do devido reconhecimento do direito à proteção dos dados pessoais como da seara direito fundamental, posto que decorre da proteção

7 JORNAL OFICIAL DA UNIÃO EUROPEIA. REGULAMENTO (UE) 2016/679 DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO de 27 de abril de 2016 relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados). Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R0679>. Acesso em: 21 dez. 2020.

8 PLANALTO. LEI Nº 13.709, DE 14 DE AGOSTO DE 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm>. Acesso em: 20 dez. 2020.

9 ALBERS, Marion. A complexidade da proteção de dados. Revista Brasileira De Direitos Fundamentais & Justiça, v. 10, n. 35, 19-45, dez. 2016. Disponível em: <<https://doi.org/10.30899/dfj.v10i35.93>>. Acesso em 20 dez. 2020. p. 11.

10 LIMBERGER, Têmis. Transparência Administrativa e Novas Tecnologias: O Dever de publicidade, o Direito a ser informado e o Princípio Democrático. Revista de Direito Administrativo, s/l, v. 244, jan./2007. Disponível em: <https://doi.org/10.12660/rda.v244.2007.42471>. Acesso em: 17 dez. 2020. p. 12.

11 PLANALTO. LEI Nº 12.527, DE 18 DE NOVEMBRO DE 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm>. Acesso em: 20 dez. 2020.

da própria personalidade dos indivíduos, bem como, definida a responsabilidade do Poder Público pela observância também de tal pressuposto, conforme disposto no artigo 1º da Lei Geral de Proteção de Dados¹², é importante avançar na temática relativa a Administração Pública enquanto controladora ou operadora que realiza o tratamento de dados pessoais.

O Poder Público enquanto agente promotor de políticas públicas a serem entregues aos administrados necessita de meios e informações para delinear o escopo de abrangência de determinada atuação prestacional, como o tipo de necessidade que a população precisa ver atendida, a quantidade de pessoas atingidas, os fatores que contribuíram para a ocorrência de certas vulnerabilidades sociais, dentre outros, para, com base nisso traçar planos de ação mais efetivos e ao menor custo possível quando da sua implementação.

Para que isso seja possível uma gama de dados precisa ser coletada, armazenada, utilizada, tratada, compartilhada, relacionada e transformada em informações com as quais o agente público irá trabalhar para direcionar os caminhos que precisará seguir para tornar efetiva a oferta de serviços. Com isso “Da foto do documento de identidade à conta bancária para o pagamento de um benefício social, diversas informações são coletadas por autoridades governamentais.”¹³

Nesse sentido, muitas são as mudanças a serem adotadas pela Administração Pública como um todo para tornar possível o cumprimento da LGPD frente aos cidadãos, principalmente naquilo em que demanda uma “análise tempestiva de requerimentos administrativos, por meio dos quais os cidadãos poderão exercer alguns dos diversos direitos assegurados na lei, tais como os de requisição (art. 18), oposição (art. 18, § 2º) e revisão (art. 20).”¹⁴

Tal preparação que deverá ser técnica, jurídica e mesmo operacional é de observância salutar, principalmente porque se está diante do cumprimento não só de uma lei, mas de um direito fundamental, como já descrito anteriormente. Não se pode olvidar também que o tratamento de dados pessoais não conhece fronteiras, se consubstanciando num fenômeno transnacional que, por essa razão, exige uma resposta o mais uniforme e harmonizada possível.¹⁵

Contudo, esse não é principal problema a ser enfrentado quando a temática é a proteção de dados dos administrados. A LGPD autoriza o tratamento e o uso compartilhado de dados pessoais pela Administração Pública de forma genérica, por exemplo quando para a execução de políticas públicas e para o cumprimento de obrigação legal ou mesmo regulatória, desde que atendida a finalidade pública na persecução do interesse público.

Ocorre que muito ainda precisa ser dito e regulamentado a respeito do que

12 PLANALTO. LEI Nº 13.709, DE 14 DE AGOSTO DE 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm>. Acesso em: 20 dez. 2020.

13 AGÊNCIA BRASIL. Pesquisadores discutem limites ao Poder Público no uso de dados. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2019-11/pesquisadores-discutem-limites-ao-poder-publico-no-uso-de-dados>. Acesso em: 21 dez. 2020.

14 JOTA. O poder público e a Lei Geral de Proteção de Dados. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-poder-publico-e-a-lei-geral-de-protecao-de-dados-28022020>. Acesso em 20 dez. 2020.

15 MAÑAS, J. L. P. Administración Electrónica y Protección de Datos Personales: Electronic government and personal data protection. Revista xuridica da Universidade de Santiago de Compostela, p. 145-175, 2011. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3839224>. Acesso em: 21 dez. 2020. p. 21.

seria a finalidade pública na prática quando da coleta e compartilhamento dos dados pessoais dos indivíduos.

Tais contornos precisam ser traçados para se evitar, por exemplo, o que ocorreu com a ViaQuatro, concessionária da linha 4-Amarela do Metrô do Estado de São Paulo que, em abril de 2018 se valeu de uma “pesquisa de opinião forçada” quando instalou painéis nas plataformas de embarque e desembarque das estações do Metrô onde eram exibidas publicidades com registros por câmera das reações dos passageiros que por ali passavam.¹⁶

A concessionária justificou o reconhecimento facial por câmera sensível nos painéis ao argumento de que, seria feito um estudo das emoções esboçadas pelo passageiro diante de uma certa publicidade para melhoria do serviço e para a oferta de anúncios personalizados em face de determinado anúncio exibido.¹⁷

Tal conduta encontra diversos impedimentos morais, éticos e legais, além de fornecer indícios de como serão as relações nesse contexto de utilização de dados e informações pelo Poder Público que poderá se valer do critério da finalidade pública visando o controle, previsão e até direcionamento de comportamentos, sob a justificativa de otimizar um serviço público ou implementar políticas públicas mais eficazes.

Um conjunto de dados coletados se mostra como um excedente valioso tanto do ponto de vista econômico, quanto do ponto de vista político, pois amplia a possibilidade de controle e de vigilância sobre os administrados, situação que coloca o Poder Público, através de seus agentes, como principal ator maléfico na seara do tratamento e proteção dos dados pessoais. Afinal “La inexistencia de limitaciones en el tratamiento de los datos personales de las personas, determina fuertes riesgos para el ejercicio de la libertad personal y hace peligrar la libertad y la seguridad en tanto valores y principios sustanciales del quehacer democrático – republicano.”¹⁸

Diante disto é perceptível que a proteção dos dados pessoais não se completou com a edição da Lei Geral de Proteção de Dados que, apesar de tardia tentou traçar os limites do tratamento de dados tanto por empresas privadas como pela Administração Pública, trazendo punições a quem não observar os seus parâmetros.

O problema maior está naquelas situações em que o descumprimento não se mostra tão explícito, ainda mais quando se envolvem dados de posse do Poder Público que pode invocar princípios do Direito Administrativo como o da finalidade pública, do interesse público e da efetividade, por exemplo, para adentrar na esfera privada e íntima de seus administrados, sem que isso se caracterize, num primeiro momento, em violação à proteção dos dados pessoais.

3. Evolução da proteção digital no Direito Brasileiro e desafios atuais

16 G1. Concessionária do Metrô de SP é processada por painel que faz reconhecimento facial de passageiros. 2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2018/08/31/concessionaria-do-metro-de-sp-e-processada-por-painel-que-faz-reconhecimento-facial-de-passageiros.ghtml>>. Acesso em 20 dez. 2020.

17 JOTA. O poder público e a Lei Geral de Proteção de Dados. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-poder-publico-e-a-lei-geral-de-protecao-de-dados-28022020>. Acesso em 20 dez. 2020.

18 BRUNET, Laura Nahabetián. Datos Y Tecnologías GDPR: Diferentes Idiosincrasias, Similares Objetivos Y Valores. Revista Iberoamericana de Derecho Informático. 2ª ed. 2019. p. 75-98. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7248693>. Acesso em: dez. 2020. p. 7.

Como bem demonstrado anteriormente, a proteção de dados é direito fundamental na sociedade atual, e ainda, tendo em vista o avanço tecnológico, determinadas necessidades para a sociedade em geral surgem com o passar dos anos. E como bem dito por Castells “Nós sabemos que a tecnologia não determina a sociedade: é a sociedade. A sociedade é que dá forma à tecnologia de acordo com as necessidades, valores e interesses das pessoas que utilizam as tecnologias”¹⁹.

Para Pérez Luño, a intimidade tem valor jurídico fundamental no princípio da dignidade da pessoa humana²⁰. E isso impacta diretamente na importância da preservação da proteção de dados pessoais do indivíduo. Tais conceitos não devem e não podem ser deixados de lado pelo legislador.

Nesse sentido, o desenvolvimento da sociedade ditará como as tecnologias e seus efeitos vão agir em seu meio, conforme os parâmetros mencionados. O problema, surge quando o desenvolvimento é rápido demais e a proteção no ordenamento jurídico não consegue acompanhá-lo devidamente, com isso, os novos ataques à sociedade aparecem rapidamente.

Apesar disso, o direito brasileiro evoluiu ao longo do tempo. Em razão de ataques cibernéticos, em 2012 foi aprovada a Lei 12.737/12, que ficou amplamente conhecida tendo em vista o ataque sofrido pela atriz brasileira Carolina Dieckmann, gerando o apelido da própria lei. A Lei tipificou criminalmente os crimes informáticos²¹.

Em seguida, no ano de 2014, considerada um dos marcos civis da Internet, foi aprovada a Lei 12.965/14 que “estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil”²². A Lei trouxe importantes inovações para o ordenamento jurídico brasileiro, pois assinalou a proteção à privacidade e criou o princípio à proteção dos dados pessoais (art. 3º, incisos II e III).

Por conseguinte, no ano de 2018, tivemos o verdadeiro Marco Civil da Internet na legislação brasileira, pois fora sancionada a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). A Lei 13.709/18 supriu todas as lacunas por hora deixadas pelas leis anteriores. A LGPD é atualmente, o amparo jurídico que o cidadão tem para a proteção de dados pessoais. Insta ressaltar que a lei começou a vigor no ano de 2020²³.

No ano de 2019, foi aprovada a Lei 13.853/19 que criou a ANPD (Agência Nacional de Proteção de Dados) como órgão da Administração Pública Federal. Algumas de suas competências mais relevantes ao presente artigo científico são: fiscalizar e aplicar sanções em caso de descumprimento à LGPD e implementar mecanismos eletrônicos para o registro de reclamações sobre o tratamento de dados pessoais

19 CASTELLS, Manoel; CARDOSO, Gustavo (orgs.). A Sociedade em Rede: do conhecimento a acção política. Imprensa Nacional, 2005.

20 PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución. 3º ed. Madrid: Tecnos, 2001.

21 PLANALTO. LEI Nº 12.737, DE 30 DE NOVEMBRO DE 2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12737.htm. Acesso em: 15 dez. 2020.

22 PLANALTO. LEI Nº 12.965, DE 23 DE ABRIL DE 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/Lei/L12965.htm. Acesso em: 18 dez. 2020.

23 PLANALTO. LEI Nº 13.709, DE 14 DE AGOSTO DE 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm. Acesso em: 19 dez. 2020.

(inciso XXIV do artigo 55-J da LGPD)²⁴.

Pouco a pouco, cria-se por meio da Legislação supramencionada mecanismos que atendem os cidadãos brasileiros. O risco da demora gera inseguranças jurídicas no atendimento à sociedade, mas ao que se pode observar a atividade legiferante está avançando mesmo que a passos vagarosos.

Recentemente, no mês de dezembro de 2020, foi criado o site institucional da ANPD e assim nota-se uma externalização das competências conferidas pela Lei 13.853/19, pois já conta com links para canais de atendimento ao público, mesmo que ainda não esteja definido como será feito o procedimento de denúncias²⁵.

Assim, percebe-se a natural necessidade de implementação de mecanismos no setor público para que os direitos ora mencionados sejam verdadeiramente efetivados. Espera-se que a ANPD posicione-se nessa perspectiva tão logo para que não sobrecarregue outros órgãos já existentes e o direito fundamental à proteção dos dados pessoais seja efetivamente observado.

Considerações Finais

Nos últimos anos percebe-se o grande crescimento tecnológico na sociedade, situação ainda mais presente neste ano de 2020 que obrigou a todos a uma adaptação quase que de um dia para o outro aos meios que a tecnologia tem oferecido, tendo em vista a Pandemia da Covid-19. Nesse processo, direitos que já eram discutidos, passam a ser enfatizados frequentemente, pois a necessidade de tratamento efetivo torna-se essencial.

O direito à proteção de dados pessoais é imprescindível no mundo moderno e cada vez mais globalizado. No mesmo sentido os momentos de evolução legislativa aqui apresentados demonstram os caminhos tomados pela legislação e impulsionam para o que verdadeiramente irá ocorrer, de forma prática no cotidiano dos cidadãos, a efetividade na proteção dos dados pessoais dos indivíduos.

Reconhecer a proteção de dados pessoais como um direito fundamental tem por objetivo impactar a sociedade em todos os sentidos, pois uma sociedade que valoriza o próprio valor jurídico da dignidade da pessoa humana, bem exemplificado pelos autores citados neste trabalho, a exemplo de Pérez Luño, molda as regras e engrandecem o alcance da proteção, tornando-se importante, inclusive, no meio cultural.

A garantia da observância de tais preceitos não se encerra com o devido enquadramento da proteção de dados como integrante dos direitos fundamentais, mas continua com um trabalho longo, atento e minucioso acerca do tratamento que os atores sociais dão aos dados que estão sob a sua guarda e controle. Tal responsabilidade é de todos, inclusive da Administração Pública que não pode se furtar de perseguir o interesse público em toda a sua gama de atuação, mas sem que para isso atrole garantias fundamentais como a da proteção integral dos dados pessoais de seus administrados.

24 PLANALTO. LEI Nº 13.853, DE 8 DE JULHO DE 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13853.htm. Acesso em: 2 dez. 2020.

25 OLHAR DIGITAL. Governo inaugura site institucional da ANPD. Disponível em: <https://olhardigital.com.br/2020/12/07/noticias/governo-inaugura-site-institucional-da-anpd/>. Acesso em: 19 dez. 2020.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGÊNCIA BRASIL. Pesquisadores discutem limites ao Poder Público no uso de dados. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2019-11/pesquisadores-discutem-limites-ao-poder-publico-no-uso-de-dados>. Acesso em: 21 dez. 2020.

ALBERS, Marion. A complexidade da proteção de dados. *Revista Brasileira De Direitos Fundamentais & Justiça*, v. 10, n. 35, 19-45, dez. 2016. Disponível em: <<https://doi.org/10.30899/dfj.v10i35.93>>. Acesso em 20 dez. 2020.

BRUNET, Laura Nahabetián. Datos Y Tecnologías GDPR: Diferentes Idiosincrasias, Similares Objetivos Y Valores. *Revista Iberoamericana de Derecho Informático*. 2ª ed. 2019. p. 75-98. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7248693>. Acesso em: dez. 2020.

CASTELLS, Manoel; CARDOSO, Gustavo (orgs.). *A Sociedade em Rede: do conhecimento a acção política*. Imprensa Nacional, 2005.

G1. Concessionária do Metrô de SP é processada por painel que faz reconhecimento facial de passageiros. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2018/08/31/concessionaria-do-metro-de-sp-e-processada-por-painel-que-faz-reconhecimento-facil-de-passageiros.ghtml>. Acesso em: 21 dez. 2020.

JORNAL OFICIAL DA UNIÃO EUROPEIA. REGULAMENTO (UE) 2016/679 DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO de 27 de abril de 2016 relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados). Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R0679>. Acesso em: 21 dez. 2020.

JOTA. O poder público e a Lei Geral de Proteção de Dados. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-poder-publico-e-a-lei-geral-de-protecao-de-dados-28022020>. Acesso em 20 dez. 2020.

LIMBERGER, Têmis. Transparência Administrativa e Novas Tecnologias: O Dever de publicidade, o Direito a ser informado e o Princípio Democrático. *Revista de Direito Administrativo*, s/l, v. 244, jan./2007. Disponível em: <https://doi.org/10.12660/rda.v244.2007.42471>. Acesso em: 17 dez. 2020.

MAÑAS, J. L. P. Administración Electrónica y Protección de Datos Personales: Electronic government and personal data protection. *Revista xuridica da Universidade de Santiago de Compostela*, p. 145-175, 2011. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3839224>. Acesso em: 21 dez. 2020.

OLHAR DIGITAL. Governo inaugura site institucional da ANPD. Disponível em: <https://olhardigital.com.br/2020/12/07/noticias/governo-inaugura-site-institucional-da-anpd/>. Acesso em: 19 dez. 2020.

PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 3º ed. Madri: Tecnos, 2001.

PLANALTO. Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm>. Acesso em: 20 dez. 2020.

_____. Lei nº 12.737, de 30 de novembro de 2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12737.htm. Acesso em: 15 dez. 2020.

_____. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 18 dez. 2020.

_____. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm. Acesso em: 19 dez. 2020.

_____. Lei nº 13.853, de 8 de Julho de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13853.htm. Acesso em: 2 dez. 2020.

WOLFGANG SARLET, Ingo; AGOSTINI SAAVEDRA, Giovani. Fundamentos Jusfilosóficos E Âmbito De Proteção Do Direito Fundamental À Proteção De Dados Pessoais. Revista Direito Público, [S.l.], v. 17, n. 93, jul. 2020. ISSN 2236-1766. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/4315>>. Acesso em: 19 dez. 2020.

A cidadania da União Europeia: sua extensão e limites

European union citizenship: its extent and limits

Luísa Fonseca da Silva de Carvalho¹

Leonardo Foeppel de Oliveira²

Sumário: 1. Introdução; 2. Cidadania europeia como direito sócio-político; 2.1. Cidadania vs. Nacionalidade; 2.2. Extensão dos direitos atinentes à cidadania europeia; 3. Limites à cidadania europeia; 3.1. Princípio da igualdade e a exclusão; 3.2. Limites à liberdade de decisão em matéria de nacionalidade; 4. UE como Estado?; 5. Conclusão; Bibliografia.

Resumo: O presente estudo centra-se no contexto da cidadania europeia, uma cidadania adicional àqueles que são cidadãos de um país que engloba o bloco europeu. A metodologia de investigação utilizada recai sobre a doutrina portuguesa, além de textos pedagógicos relevantes para a matéria. Cabe-nos uma análise desse direito, que beneficia milhares de europeus do antigo continente com direitos secundários, como o direito de liberdade de circulação e de permanência em um país que não seja o da nacionalidade. Implementada essencialmente com o Tratado de Maastricht de 1992, tendo o seu alcance ampliado e aprimorado pelo Tratado de Lisboa de 2007, tem sido invocada como um dos grandes feitos da União Europeia, sendo incluída na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. A cidadania europeia representa um dos maiores pilares de integração dos Estados-membros num projeto de Europa dos Cidadãos dos anos 70, contendo direitos políticos indispensáveis para o dia a dia dos cidadãos. Portanto, é certo dizer que a cidadania reflete um projeto de Europa unida e voltada para os cidadãos europeus, refletindo os valores de liberdade e respeito pela igualdade e pluralismo. A cidadania figura-se como um conceito dinâmico que evolui de acordo com a evolução da própria União Europeia.

Palavras-chave: Cidadania Europeia; Direitos Fundamentais; Direito da União Europeia.

Abstract: The present study focuses on the context of European citizenship, an additional citizenship to those who are citizens of a country that includes the European bloc. The applied research methodology on Portuguese doctrine, as well as pedagogical texts relevant to the subject. It is up to us to analyze the law, which benefits many Europeans from the old continent with secondary rights, such as the right to freedom of movement and to stay in a country that is national. Essentially implemented with the Maastricht Treaty of 1992, its scope expanded and improved by the Lisbon Treaty of 2007, it was invoked as one of the great achievements of the European Union, being included in the Charter of Fundamental Rights of the European Union. European citizenship represents one of the main pillars of integration of the Member States in a Citizens' Europe project of the 1970s, containing political rights that are indispensable for the daily lives of citizens. Therefore, it is true to say that a citizenship reflects a project of a united Europe and aimed at European citizens, reflecting the values of freedom and respect for equality and pluralism. Citizenship is a dynamic concept that evolves in line with the evolution of the European Union itself.

Keywords: European citizenship; Fundamental rights; European law.

1 Advogada inscrita na OAB/RJ e na Ordem dos Advogados de Portugal. Mestranda em Direito na área de Ciências Jurídico-Políticas, na Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Pós-graduada em Direito dos Contratos, na PUC – RJ. Graduada em Direito pela PUC – RJ. E-mail: luisafscarvalho@gmail.com

2 Mestrando em Direito na área de Ciências Jurídico-Políticas, na Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Licenciado em Direito pela Faculdade de Direito e Ciência Política da Universidade Lusófona do Porto. E-mail: leonardofoeppel@gmail.com

1. Introdução.

A cidadania da União Europeia (UE) tem-se como um dos patamares de suma importância para a integração europeia e do crescimento da democracia europeia³. Configura-se como sendo um dos direitos de suma importância de uma Europa forte e unificada, permitindo que os cidadãos europeus desfrutem de direitos acessórios. Assim sendo, volvidos quase 30 anos desde a sua implementação oficial, cabe-nos fazer uma análise sobre as extensões desse direito e essencialmente as suas limitações – o que não permite que a cidadania da UE prevaleça de pleno no plano subjetivo dos cidadãos. Fruto de uma criação visada numa Europa para os cidadãos, este direito encontra-se respaldado nos tratados que regulam o funcionamento da União, o que demonstra a sua relevância atualmente.

Neste contexto, a metodologia de investigação versará sobre o estudo do instituto da cidadania europeia, recorrendo à doutrina nacional portuguesa, além de textos pedagógicos relevantes para a matéria. Em um primeiro momento será demonstrada a cidadania de um modo geral, vista como um direito dos cidadãos; num segundo patamar, fala-se dos obstáculos que este instituto jurídico encontra para a sua aplicação em pleno; e num terceiro patamar, discute-se acerca da sua implementação numa comunidade internacional que não é considerado Estado – para muitos autores discute-se se a UE é de facto um Estado e se ter uma cidadania própria a torna um Estado. Por fim, cabe-nos explicar aquelas que são as conclusões finais sobre a matéria de cidadania num instituto tão importante como a UE.

2. Cidadania europeia como direito sócio-político.

A cidadania da UE⁴ foi idealizada muito antes da sua concretização. Em 1974, o Conselho Europeu atribuiu “direitos especiais” aos cidadãos dos países que constituíam a então Comunidade Económica Europeia que residiam em outros Estados-membros⁵. Também foi favorável para a sua efetivação a decisão de eleição do Parlamento Europeu, por sufrágio direto, em 1975. Anos mais tarde, em 1984, o Parlamento Europeu aprovou um projeto de Tratado da União Europeia (projeto Spinelli), no qual se previa que os cidadãos dos Estados-membros fossem também cidadãos da União⁶.

Com efeito, com base nessas etapas de criação da cidadania da União, esta foi concretizada em 1992, pelo Tratado de Maastricht⁷, permitindo o desenvolvimento

3 Basta termos em conta o recorde de votos para eleições do Parlamento Europeu em 2019, sendo a taxa de participação mais alta desde 1994, com especial destaque para o aumento da adesão dos jovens eleitores europeus (42% face aos 28% de 2014). Para mais informações: <https://www.europarl.europa.eu/at-your-service/files/be-heard/eurobarometer/2019/post-election-survey-2019-complete-results/executive-summary/pt-post-election-survey-2019-executive-summary.pdf>

4 As expressões “cidadania europeia” e “cidadania da União Europeia” (abreviada por “cidadania da União”) são ambas corretas, mas oficialmente utiliza-se a segunda, tal como a sua abreviação.

5 Cfr. MOREIRA, Vital. “Respublica” Europeia. Estudos de Direito Constitucional da União Europeia. Coimbra: Coimbra Editora, 1.ª ed., 2014, p. 63.

6 Cfr. MARTINS, Ana Maria Guerra. Manual de Direito da União Europeia. Coimbra: Edições Almedina, 2.ª ed., 2017, p. 235.

7 Antigo Tratado da União Europeia, revogado pelo atual Tratado de Lisboa de 2007. Para mais informações: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:11992M/TXT> Acesso em: 29.11.2020.

da denominada integração europeia (processo económico e político de integração entre os Estados da União). É considerada um “ pilar estratégico ” na força de uma “ identidade europeia ”, remetendo à subjetividade dos cidadãos europeus em saber que pertencem a uma Organização como a União. Deste modo, podemos definir a cidadania da União recorrendo às palavras do Advogado-geral F. G. Jacobs., nas conclusões do processo C-274/96 Bickel e Franz, do Tribunal de Justiça⁸: “ A noção de cidadania da União implica uma comunidade de direitos e obrigações que unem os cidadãos da União por um vínculo comum que transcende a nacionalidade de um Estado-membro ”. Assim, podemos verificar que são cidadãos da União os que tenham a nacionalidade de um Estado que compõe a UE e a cidadania da União é complementar da cidadania nacional, que não a substitui⁹.

Todavia, essencialmente com o Tratado de Lisboa¹⁰ de 2007 a cidadania da União veio a ser consolidada, dando um impulso significativo na sua relação com a democracia europeia. Um exemplo da força que o Tratado de Lisboa concedeu à cidadania foi através da implementação da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE)¹¹, que inclui no seu catálogo de direitos um capítulo sobre cidadania, ampliando, assim, a cidadania para além do estipulado pelo antigo Tratado de Maastricht. Neste sentido, a cidadania da União é tida como uma grande inovação de cidadania transnacional, afastando-se da definição tradicional de cidadania ligada a um Estado e conexa com a nacionalidade, sendo a última diferente da primeira tal como veremos em seguida.

2.1. Cidadania vs. Nacionalidade.

Muitas vezes é comum associarmos a ideia de cidadania à nacionalidade como se fossem conceitos sinónimos. Tipicamente e tradicionalmente, quando falamos de cidadania remetemos ao Estado como algo intrinsecamente relacionado. Para a maioria dos juristas, a cidadania descreve tipicamente o vínculo jurídico-político de um indivíduo ao Estado. Desta forma, a cidadania pressupõe a nacionalidade e o Estado. Somente aqueles nacionais são cidadãos e gozam dos direitos de cidadania, como o direito de sufrágio, por exemplo. É possível, por outro lado, haver nacionalidade com privação de direitos de cidadania (nacionalidade sem cidadania), assim como haver direitos de cidadania por cidadãos não nacionais (cidadania sem nacionalidade) e por esse e outros motivos, cidadania e nacionalidade são termos distintos¹².

A exemplo da Constituição da República Portuguesa, no seu artigo 26.º que infere a noção do direito à cidadania, e da lei que regula o estatuto de cidadão português, a Lei da Nacionalidade¹³, verificamos, portanto, que há uma utilização

8 Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:61996CJ0274>. Acesso em 29.11.2020.

9 Cfr. HENRIQUES, Miguel Gorjão. Direito da União. Coimbra: Edições Almedina, 1.ª ed., 2001, p. 549.

10 Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2007:306:FULL&from=PT>. Acesso em 29.11.2020.

11 Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf. Acesso em: 29.11.2020.

12 Cfr. MOREIRA, Vital. “ República ” Europeia. Estudos de Direito Constitucional da União Europeia. Coimbra: Coimbra Editora, 1.a ed., 2014, p. 60.

13 Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=614&tabela=leis. Acesso em: 29.11.2020.

quase que indistinta das duas expressões. Enquanto o conceito de cidadania nos remete para o estatuto do indivíduo como participante da comunidade política, um “status”, o conceito de nacionalidade remete-nos mais para um conjunto de vínculos de natureza sociológica, vínculo jurídico de uma pessoa a um Estado¹⁴, a ligação do indivíduo à nação, uma ligação mais afetiva por assim dizer.

E neste sentido, o conceito de nacionalidade está mais relacionado a vínculos de pertença cultural, linguística, histórica, quase da ordem do sentimental do que o conceito de cidadania, que remete a ideia de um estatuto de direitos e de participação da comunidade política. Na verdade, a cidadania em sua essência tende a caracterizar, por trás da sua alusão a comunidade de deveres e direitos, a ideia indene de igualdade¹⁵, que no que tange ao âmbito da União, deveria ser ainda mais fortalecida (o que não acontece). Relativamente a UE, sendo o caso de uma comunidade política não constituída em Estado (por ainda não ser reconhecida internacionalmente como tal), vemos o típico exemplo de que pode existir cidadania sem Estado e sem nacionalidade em sentido próprio¹⁶.

2.2. Extensão dos direitos atinentes à cidadania europeia.

Inicialmente, talvez um dos direitos mais característicos advindos da cidadania da UE tenha sido o direito de circular entre os Estados membros, primeiramente atribuído apenas a circulação de trabalhadores e prestadores de serviços e posteriormente estendido à todas as pessoas independentemente da sua qualidade económica. Esse direito fundamental¹⁷ e de carácter inovador (embora não reconhecido como tal pelas instituições e jurisprudências já que desde a integração económica esteve presente) advinha dos artigos 20o, no 2, alínea a) e 21o, no 1 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) e 45o, no 1, da CDFUE com novo objeto e universo de titulares¹⁸.

Esse direito de livre entrada e permanência no território de qualquer Estado-membro, considerado por muitos como o direito mais importante conquistado pela cidadania europeia, proporcionou a base para outros direitos, como o direito de sufrágio nas eleições europeias e nas eleições locais no Estado de residência, um direito de cidadania nacional ao nível de cada Estado-membro. Por outro lado, ao conferir o esse direito a todos os cidadãos de qualquer Estado-membro residentes noutro país que não o seu de origem, esse direito de cidadania nacional automaticamente torna-se um direito da União e designadamente reflete que todos os cidadão europeus são também cidadãos dos locais em que residam, incluindo-se e integrando-se ainda mais.

14 Cfr. MOREIRA, Vital. “Respublica” Europeia. Estudos de Direito Constitucional da União Europeia. Coimbra: Coimbra Editora, 1.a ed., 2014, p. 53.

15 Cfr. MARTINS, Ana Maria Guerra. Manual de Direito da União Europeia. Coimbra: Edições Almedina, 2.ª ed., 2017, p. 234.

16 Cfr. MOREIRA, Vital. “Respublica” Europeia. Estudos de Direito Constitucional da União Europeia. Coimbra: Coimbra Editora, 1.a ed., 2014, p. 55.

17 Cfr. HENRIQUES, Miguel Gorjão. Direito da União. Coimbra: Edições Almedina, 1.a ed., 2001, p. 554.

18 Cfr. MOREIRA, Vital. “Respublica” Europeia. Estudos de Direito Constitucional da União Europeia. Coimbra: Coimbra Editora, 1.a ed., 2014, p. 89.

Por fim, mas não encerrando aqui o rol de direitos¹⁹, encontramos o direito de eleições para o Parlamento Europeu (instituição que representa os cidadãos da UE – artigo 14.º, n.º 2, TUE). Com isso, observamos o défice democrático existente na UE, seja em razão do pouco envolvimento e interesse dos cidadãos, seja pela falta de oportunidades de participação que lhes são conferidas. O Parlamento mesmo sendo o único órgão em que observamos a possibilidade de eleições diretas e universais, ainda possui uma esfera de atuação limitada. O princípio da democracia nesse caso, parece se ater mais ao plano formal e menos ao plano prático de atuação²⁰. Em contraposição, os dados da última eleição nos permitem um maior otimismo em relação à esta matéria. Em 2019, tivemos a maior taxa de participação nas eleições para o Parlamento, num total de 50,6% dos cidadãos.

3. Limites à cidadania europeia.

O principal revés da cidadania da União e da sua extensão de direitos prende-se com o não interesse dos próprios cidadãos europeus, ou seja, vemos que a cidadania da União padece de um défice de efetivação dos direitos pertencentes aos cidadãos europeus²¹, sendo o limite principal da efetivação desse status dos cidadãos, que enfraquece a sua proposta.

O mais recorrente caso de défice de realização de direito inerente à cidadania da União tem a ver com os direitos eleitorais, em que no relatório da Comissão Europeia de 2017 sobre a cidadania europeia pode-se constatar uma baixa participação nas eleições europeias²². Efetivamente, a democracia representativa representa um dos grandes corolários da União²³, pressupondo que haja um eleitorado participativo. Todavia, em 2014 a Comissão constatou uma baixa afluência às urnas nas eleições europeias para Parlamento Europeu. Face a este cenário, os Estados-membros que compõem a União têm uma tarefa em comum: incentivar a participação dos eleitores nas eleições europeias, proporcionando todos recursos para que haja uma participação na vida democrática comunitária mais efetiva.

Dados mais recentes do Eurobarómetro revelam que 65% dos europeus sabem o significado da expressão “cidadão da União Europeia”, por outro lado, apenas 37% dos europeus se sentem bem informados quanto à matéria²⁴. A informação é fundamental, uma vez que aumenta as chances de participação dos cidadãos através do conhecimento de programas e partidos políticos em que possam votar. A União tem investido na conquista do interesse dos cidadãos europeus, mas o bloco tem investido em iniciativas de programas de informação, de sensibilização e de

19 Para mais informações consultar: DUARTE, Maria Luísa. União Europeia e Direitos Fundamentais – no espaço da internormatividade. Lisboa: Edição AAFDL, 2006, pp. 318 e ss.

20 Cfr. MOURA, Aline Beltrame. Cidadania Europeia – Uma verdadeira e própria cidadania?, in Revista Direito em Debate, 2013, p. 30. Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/629>. Acesso em: 29.11.2020.

21 Cfr. MOREIRA, Vital. “Respublica” Europeia. Estudos de Direito Constitucional da União Europeia, Coimbra: Coimbra Editora, 1.a ed., 2014, p. 121.

22 Disponível em: http://ec.europa.eu/newsroom/document.cfm?doc_id=42020. Acesso em: 29.11.2020.

23 Artigo 10.º, n.º 1, do Tratado da União Europeia. Para mais informações: <https://www.eesc.europa.eu/sites/default/files/resources/docs/pd-in-5-points-pt.pdf>. Acesso em: 29.11.2020.

24 Disponível em: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/pt/ip_20_1293. Acesso em: 29.11.2020.

formação. Um exemplo dessas iniciativas prende-se com o programa “Ano Europeu da Cidadania” em 2013²⁵. No âmbito dessa iniciativa, os cidadãos terão a chance de aprimorar os seus conhecimentos sobre os seus direitos no contexto comunitário europeu em seminários, tratando-se de uma medida de inclusão dos cidadãos europeus na já referida integração europeia²⁶.

Assim, a grande falta de informação configura-se como um dos maiores obstáculos para a efetivação de direitos, levando a uma lacuna subjetiva de que os cidadãos dos Estados-membros são detentores de direitos associados à cidadania da União.

3.1. Princípio da igualdade e a exclusão.

A UE é dotada de valores e princípios que norteiam a sua condução e regem suas condutas. Um dos princípios mais centrais é o princípio da igualdade²⁷, que além de positivado em diplomas centrais como o Tratado da União Europeia, nos seus artigos 2o, 3o, n.º 1. e 4o, n.º 1o, encontra-se no TFUE, artigo 20o e na CDFUE, no artigo 40o.

No entanto, quando examinamos mais profundamente a cidadania europeia, observamos um outro lado, não expresso nos tratados e tampouco em leis, da sua natureza elitista, isto é, coloca-se um espaço privilegiado de direitos no qual aqueles já nacionalmente excluídos (como é o caso dos estrangeiros de países terceiros (não UE), encontram um segundo tipo de exclusão. Além de não serem nacionais dos países em que residem, passam a não fazer parte também do bloco europeu. Não obstante a contribuição que representam, todos os instrumentos que auxiliam na concretização dos Direitos Humanos ainda são insuficientes e não conseguem retirar a cidadania europeia das mãos da retórica nacional²⁸. A exclusão acaba se originando da definição de quem é ou quem não é cidadão e faz com que “a mesma pessoa procedente de um mesmo país, com as mesmas condições e anos de residência, possa nacionalizar-se como cidadão de um estado membro e, como tal, europeu, em alguns dos estados membros, enquanto que noutros continua a ser estrangeiro”²⁹.

Em alguns países, como por exemplo na Alemanha, o direito de cidadania está relacionado ao “direito de sangue”. Por outro lado, países como a França, a nacionalidade é concedida sem dificuldade a um cidadão de um país terceiro. A grande celeuma que se apresenta é o fato do multiculturalismo europeu, ou seja, milhões de nacionais de países não UE que povoam o continente serem duplamente

25 Cfr. Decisão 1093/2012/UE, publicada no JOUE L 325 de 23.11.2012, pp. 1 a 8. Para mais informações: ALVES, Dora Resende. Resenha de Direito da União Europeia, in Revista Jurídica Portuguesa, N.º 16, p. 125. Disponível em: <https://revistas.rcaap.pt/juridica/article/view/4370>. Acesso em: 29.11.2020.

26 ALVES, Dora Resende. O Ano Europeu dos Cidadãos – 2013. Editora Faculdade de Direito de Valença, 2015, p. 273.

27 Para mais informações: https://ec.europa.eu/info/about-european-commission/service-standards-and-principles_pt. Acesso em: 29.11.2020.

28 CARVALHAIS, Isabel Estrada. Pós Nacionalidade no Projecto da Cidadania Europeia, in Perspectivas - Journal of Political Science, 2, pp. 63-72. Disponível em: <https://www.perspectivasjournal.com/article/view/428>. Acesso em: 29.11.2020.

29 Cfr. RIO, Olinda Maria Martinho. O Tratado de Maastricht e os cidadãos: cidadania ativa em contexto europeu, in Debater a Europa, N.º 6, 2012, p. 118. Disponível em <http://www.europe-direct-aveiro.aeva.eu/debatereuropa/>. Acesso em: 29.11.2020.

excluídos (tanto do Estado-membro a que pertencem, quanto ao continente que fazem parte).

Em Portugal, por exemplo, a partir de 1981, os filhos de estrangeiros nascidos em solo português, ficavam com a nacionalidade dos pais, sendo a naturalização possível seguindo determinados requisitos e alguma burocracia administrativa e financeira.³⁰ Com isso, a reflexão que se coloca é, se por um lado a UE intenciona a igualdade entre os povos, por outro, coloca a exclusão daqueles que originalmente não são parte.

3.2. Limites à liberdade de decisão em matéria de nacionalidade.

A cidadania da União é uma cidadania derivada de uma nacionalidade de um Estado-membro³¹, sendo uma adição à cidadania nacional sem a substituir³². Contudo, a perda da nacionalidade originária implica a perda da cidadania da União. Isso representa um limite – ou até mesmo uma fraqueza – a essa cidadania, uma vez que a aquisição e a perda da nacionalidade cabe essencialmente aos Estados-membros da União, estando fora do âmbito do direito da União – mesmo que os direitos associados à cidadania da União não dependam do legislador nacional. Certo é que os termos da aquisição ou perda da cidadania devem respeitar os direitos dos cidadãos europeus, de acordo com o princípio da lealdade³³.

Inevitavelmente associada à perda da cidadania da União, está a problemática da limitação de liberdade de decisão dos Estados-membros em matéria de nacionalidade. Para este efeito, devemos ter em conta o caso Rottmann³⁴. Em causa está a perda da nacionalidade alemã de um cidadão por uma recém naturalização de origem austríaca que havia perdido por conta da naturalização alemã. O cidadão, neste caso, para não ficar numa situação de apátrida invocou que detinha a cidadania europeia. Neste sentido, o Tribunal de Justiça da União Europeia foi chamado a intervir e o fez no seguinte sentido: a questão da nacionalidade não pode ser indiferente às consequências que implica no Direito da União, uma vez que se trata da perda da cidadania da União (vide princípio da lealdade europeia mencionado supra), devendo ser observada a aplicação do princípio da proporcionalidade³⁵.

Neste sentido, observa-se que inerente à perda da cidadania europeia adiciona-se uma sujeição dos Estados-membros quando exercem competências em matéria de nacionalidade ao direito comunitário europeu, demonstrando que efetivamente a cidadania europeia exige e implica a manutenção da nacionalidade de um Estado-membro. A cidadania europeia pode perder-se, mas o processo é longo e árduo, tendo isso sido demonstrado pelo acórdão Rottmann já referido, invocando princípios

30 Cfr. HENRIQUES, Joana Gorjão. Racismo no país dos brancos costumes. Lisboa: Edições Tinta da China, 1.ª ed., 2018, p. 50.

31 Cfr. Artigo 20.º, n.º 1, do Tratado da União Europeia.

32 Cfr. SILVEIRA, Alessandra. Direito da União Europeia – Elementos de Direito e Políticas da União. Coimbra: Edições Almedina, 2016, p. 17.

33 Cfr. Artigo 4.º, n.º 3, do Tratado da União Europeia.

34 Cfr. Acórdão do TJUE Rottmann, de 2 de março de 2010, proc. C-135/08. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62008CJ0135&from=NL>. Acesso em: 29.11.2020.

35 Cfr. MOREIRA, Vital. “Respublica” Europeia. Estudos de Direito Constitucional da União Europeia. Coimbra: Coimbra Editora, 1.ª ed., 2014, p. 69.

basilares da própria União para que tal ocorra.

4. UE como Estado?

A UE, ao longo de seu desenvolvimento, foi demonstrando alguns traços estatais, especialmente após o Tratado de Lisboa. No entanto, a UE não pode ser considerada um Estado por não possuir soberania originária e por não ser reconhecida pela comunidade internacional (por exemplo, não sendo membro das Nações Unidas). Também não dispõe do poder de definir os seus próprios fins nem as suas competências, são esses que fixam os objetivos da União e enunciam suas competências por meio dos tratados³⁶.

Além disso, a UE também não goza das características mais peculiares dos Estados: não tem competência para definir o critério de seus cidadãos, não possui forças de segurança e nem forças armadas próprias. Dessa forma, a UE seria apenas um poder exclusivamente regulatório e financiador, não prestando serviços aos seus cidadãos. Quem dispõe de bens e serviços para a população é efetivamente os Estados-membros que dela fazem parte. Embora possua poder político próprio e instituições próprias, a UE não dispõe de um Chefe de Estado como a maioria dos Estados³⁷.

Paradoxalmente, a UE apresenta traços estatais, ou seja, características de Estado. A UE possui instituições políticas próprias e autoridade legislativa, administrativa e judicial, dispondo de poderes normativos diretos no que diz respeito aos cidadãos e residentes. Também verifica-se a presença de competências próprias, definidas nos tratados. Outra característica seria a existência de uma ordem jurídica autônoma, independente da ordem jurídica de seus Estados-membros. Pode-se inferir que à semelhança dos Estados tradicionalmente constituídos, a UE tem uma cidadania própria, sendo os seus cidadãos titulares de direitos políticos. Por fim, possui a eficácia direta do direito da União (ou seja, suas leis são vinculantes); moeda única e um Banco Central; competência para concluir tratados internacionais e representação externa; política externa e segurança comum; adesão à Convenção Europeia dos Direitos do Homem; vigilância e gestão das fronteiras³⁸.

5. Conclusão.

Com base na análise anteriormente desenhada, podemos dizer que a cidadania da UE foi e é extremamente benéfica em muitos aspectos, mas não se pode deixar de apontar as duas facetas distintas: excludente e inclusiva. A inclusiva considera só os cidadãos da UE e a excludente exclui os estrangeiros, discriminando-os³⁹.

36 Cfr. MOREIRA, Vital. “Respublica” Europeia. Estudos de Direito Constitucional da União Europeia, Coimbra: Coimbra Editora, 1.ª ed., 2014, p. 23.

37 Cfr. MOREIRA, Vital. “Respublica” Europeia. Estudos de Direito Constitucional da União Europeia, Coimbra: Coimbra Editora, 1.ª ed., 2014, p. 23.

38 Cfr. MOREIRA, Vital, “Respublica” Europeia. Estudos de Direito Constitucional da União Europeia, Coimbra: Coimbra Editora, 1.ª ed., 2014, pp. 24 e ss.

39 MARTINS, Ana Maria Guerra. Manual de Direito da União Europeia. Coimbra: Edições Almedina, 2.ª edição, 2017, p. 256.

Um dos caminhos possíveis seria pensar na cidadania pós-estadual, que assenta num conjunto de valores partilhados, pensando numa perspetiva de cidadania construtiva, ou seja, uma realidade flexível e dinâmica que pode evoluir para onde se desejar. Um exemplo seria substituir o critério de pertença política pelo critério da residência, permitindo acolher os estrangeiros. Outro caminho seria alargar os direitos de participação política dos cidadãos da União que exerceram o seu direito de circulação (passam a ter direito de participar nas eleições legislativas nos Estados onde residem e não apenas nas eleições locais).

Seria viável expandir a própria cidadania e a própria pertença à comunidade política, atenuando a estrutura dual, mesmo com as limitações que resultam da organização política dos próprios Estados-membros que enfraquece a proposta de integração europeia. E esta seria uma alternativa democrática, igualitária e mais justa, tendo em conta que os estrangeiros residentes são os destinatários da lei e por conta disso deveriam participar das eleições legislativas locais e não serem vistos apenas como imigrantes, mas como parte ativa e viva da UE como igualmente europeus.

Bibliografia

ALVES, Dora Resende. O Ano Europeu dos Cidadãos – 2013. Editora Faculdade de Direito de Valença, 2015, pp. 269-278.

ALVES, Dora Resende. Resenha de Direito da União Europeia, in Revista Jurídica Portucalense, n.º 16, p. 113-149. Disponível em: <https://revistas.rcaap.pt/juridica/article/view/4370>.

CARVALHAIS, Isabel Estrada. Pós Nacionalidade no Projecto da Cidadania Europeia, in Perspectivas - Journal of Political Science, 2, pp. 63-72. Disponível em: <https://www.perspectivasjournal.com/article/view/428>.

DUARTE, Maria Luísa. União Europeia e Direitos Fundamentais – no espaço da internormatividade. Lisboa: Edição AAFDL, 2006.

HENRIQUES, Joana Gorjão. Racismo no país dos brancos costumes. Lisboa: Edições Tinta da China, 1.ª ed., 2018.

HENRIQUES, Miguel Gorjão. Direito da União. Coimbra: Edições Almedina, 1.ª ed., 2001.

MARTINS, Ana Maria Guerra. Manual de Direito da União Europeia. Coimbra: Edições Almedina, 2.ª ed., 2017.

MOREIRA, Vital. “Respublica” Europeia. Estudos de Direito Constitucional da União Europeia, Coimbra: Coimbra Editora, 1.ª ed., 2014.

MOURA, Aline Beltrame. Cidadania Europeia – Uma verdadeira e própria cidadania?, in Revista Direito em Debate, 2013, pp. 9-34. Disponível em: <https://www.revistas.>

unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/629

RIO, Olinda Maria Martinho. O Tratado de Maastricht e os cidadãos: cidadania ativa em contexto europeu, in *Debater a Europa*, N.º 6, Janeiro/Junho 2012. pp. 114-142. Disponível em: <http://www.europe-direct-aveiro.aeva.eu/debatereuropa/>.

SILVEIRA, Alessandra. *Direito da União Europeia – Elementos de Direito e Políticas da União*, Coimbra: Edições Almedina, 2016.

Fomento estatal: nova perspetiva a partir da economia comportamental

State development policy: new perspective under behavioral economics

Pamela Varaschin Prates¹

Sumário: 1. Políticas Públicas de Fomento Estatal e a Constituição Federal Brasileira de 1988; 2. Economia Comportamental e Fomento Estatal via Políticas Públicas; 3. Considerações Finais.

Resumo: O fomento estatal é uma das formas de intervenção do Estado sobre o domínio econômico, pela indução. Busca-se, pela concessão de incentivos, induzir que o particular realize uma atividade de interesse público. No entanto, para que atinja os efeitos esperados, a estrutura e a intensidade de incentivos devem ser hábeis a conduzir o comportamento desejado dos particulares. Como a economia comportamental é área de destaque no estudo do comportamento humano e no processo de tomada de decisões, este artigo propôs a seguinte problemática da pesquisa: os estudos da economia comportamental podem contribuir para aprimorar as iniciativas estatais de fomento? Para responder a referida pergunta, é utilizado o método hipotético dedutivo, tendo em vista que se parte de uma hipótese, qual seja a de que os estudos da economia comportamental podem aperfeiçoar as políticas fomentadoras, tanto para uma análise ex ante, prévia, da política, quanto em uma análise ex post, isto é, posterior. O artigo se divide em três partes. Na primeira, expõe-se o fomento estatal, sua estrutura na doutrina e fundamento jurídico na Constituição Federal do Brasil de 1988. Na segunda, investigou-se como os estudos de economia comportamental podem ser aplicados em políticas fomentadoras realizadas por meio de políticas públicas. E na terceira e última parte foi exposto as considerações finais do artigo, sendo concluído que os estudos da economia comportamental fornecem ferramentas importantes para aperfeiçoar as estruturas de incentivos de políticas públicas fomentadoras.

Palavras-chave: Fomento Estatal; Políticas Públicas; Incentivos; Economia Comportamental.

Abstract: State development policy is one of the forms of State intervention in the economic domain, through induction. It is sought, by granting incentives, to induce the private individual to carry out an activity of public interest. However, to achieve the expected effects, the structure and intensity of incentives must be able to conduct the desired behavior of individuals. As behavioral economics is a prominent area in the study of human behavior and the decision-making process, this article proposed the following research problem: can studies of behavioral economics contribute to the improvement of state development policies? To answer that, the hypothetical deductive method is used, considering that it starts from a hypothesis, namely that the studies of behavioral economics can improve the fomenting policies, both for an ex ante, prior analysis of the policy, as in an ex post analysis, that is, later. The article is divided into three parts. In the first, state development policy is exposed, its structure in doctrine and legal basis in the Brazilian Federal Constitution of 1988. In the second, it was investigated how the studies of behavioral economics can be applied in state development policies carried out through public policies. And in the third and last part, the final considerations of the article were exposed, concluding that the studies of behavioral economics provide important tools to improve the incentive structures of state development public policies.

Keywords: Development; Public Policy; Incentives; Behavioral Economics.

¹ Mestranda em Direito Econômico e Desenvolvimento na Pontifícia Universidade Católica do Paraná (bolsista PROEX), membro do Grupo de Pesquisas Tributação, Complexidade e Desenvolvimento (PPGD/PUCPR/CNPq) e do Instituto de Direito Tributário do Paraná. Pós Graduada em Direito Tributário e Processo Tributário pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. MBA Executivo: Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas. E-mail: pratesvpamela@gmail.com.

1. Políticas Públicas de Fomento Estatal e a Constituição Federal Brasileira de 1988

A atividade econômica, segundo Eros Roberto Grau, jurista brasileiro, é um gênero que abrange duas espécies: o serviço público e a atividade econômica em sentido estrito². Como gênero, a expressão “atividade econômica” abrange todas as atividades econômicas, incluindo-se aquelas desenvolvidas pelo Estado. Sobre o serviço público e atividade econômica em sentido estrito, embora a sua linha de divisão seja tênue, Grau elucida que a atividade econômica em sentido estrito seria aquela de titularidade ou domínio do setor privado. Assim, Grau relata “o serviço público está para o setor público assim como a atividade econômica em sentido estrito está para o setor privado”³.

As formas de atuação do Estado nas atividades econômicas em sentido estrito, são, pois, chamadas de intervenção do Estado. Isso, porque, a palavra “intervenção” conota uma atuação na área de outrem, que seria no caso do privado. Pois bem, sobre a intervenção estatal no domínio econômico, Grau a diferencia em três modalidades: (i) intervenção por absorção ou participação; (ii) intervenção por direção; (iii) intervenção por indução. Na primeira, o Estado intervém no domínio econômico como, efetivamente, agente ou sujeito econômico. Para tanto, o Estado pode assumir integralmente os meios de produção e/ou troca de um setor, em que atuará em regime de monopólio (intervenção por absorção), ou o Estado pode assumir apenas parcialmente os meios de produção e/ou troca de um setor, atuará em competição com empresas privadas (intervenção por participação).

Na segunda modalidade de intervenção do Estado, por direção, é elaborado normas e mecanismos compulsórios para os sujeitos da atividade econômica. O Estado estabelece comandos imperativos que tem de ser seguidos pelos agentes. Já na última modalidade, intervenção do Estado pela via da indução, se está diante de um convite, com base em estímulos ou incentivos constantes na lei, para adesão a um determinado comportamento pelos agentes econômicos⁴.

Dentro desse contexto, o fomento se insere como uma forma de intervenção do Estado por indução. O fomento é compreendido por Odete Medaur como sendo aquela atividade administrativa que busca estimular condutas de particulares, todavia sem o uso de instrumentos de coação⁵. Diogo de Figueiredo Moreira Neto, ao analisar o conceito de fomento, define-o como função administrativa pela qual o Estado incentiva entidades a realizarem determinadas atividades de interesse público⁶.

Sobre o fomento, Floriano Azevedo Marques Neto destaca que os incentivos concedidos pelo Estado, para condicionar comportamentos, podem ser positivos ou negativos⁷. O fomento pelo uso de incentivos positivos tem como finalidade tornar

2 GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 99-100.

3 GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 141.

4 GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 143.

5 MEDAUR, Odete. Direito administrativo moderno. 21 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 101.

6 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 14a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 514.

7 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Noções gerais sobre o fomento estatal. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.). Tratado de Direito Administrativo: Funções administrativas do Estado. vol. 4. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2015, p. 412.

mais atraente a realização de determinada atividade, pela concessão de medidas positivas. Tal modalidade de fomento tem caráter premial e é o caso, por exemplo, da concessão de benefícios fiscais, subvenções e financiamentos públicos⁸. E o fomento pelo uso de incentivos negativos, por sua vez, busca desestimular os agentes de realizar certa atividade econômica para que outra atividade, de maior interesse público, seja realizada.

Partindo-se das conceituações colacionadas acima, pode-se deduzir como traço distinto do fomento a sua estrutura na forma de incentivos estatais. Assim, o agente privado é livre para aderir ou não ao fomento, não havendo instrumentos de coação⁹.

Na Constituição Federal da República Federativa Brasileira de 1988 (CFRB), o fomento encontra fundamento jurídico, especialmente, no artigo 174, que estabelece a função de incentivo, a ser exercida pelo Estado, além das funções de fiscalização e planejamento¹⁰. A CFRB, em diversos dispositivos, elegeu atividades econômicas para serem “incentivadas” pelo Estado, como, por exemplo: desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica e a inovação (artigo 218 e seguintes); o turismo (artigo 180); atividades realizadas por microempresas e às empresas de pequeno porte (artigo 179). Além disso, o fomento estatal também pode ser utilizado como instrumento para realizar direitos fundamentais¹¹.

Com isso, tem-se que o fomento estatal é uma ferramenta importante a disposição do Estado para a realização do interesse público. E uma das formas de o Estado exercer a sua atividade fomentadora é, justamente, as políticas públicas. No entanto, para que atinja os resultados esperados, a estrutura do fomento precisa ser hábil a, efetivamente, conduzir o comportamento desejado dos particulares. É preciso, portanto, de uma calibragem perfeita dos tipos e intensidade de incentivos.

Nesse contexto, esse trabalho parte para uma análise interdisciplinar do problema, com base nos estudos da economia comportamental.

2. Economia comportamental e fomento estatal via políticas públicas

A economia comportamental é um campo que busca agregar constatações da psicologia e de outras ciências sociais ao fenômeno econômico, com o objetivado

8 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Noções gerais sobre o fomento estatal. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.). Tratado de Direito Administrativo: Funções administrativas do Estado. vol. 4. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2015, p. 417.

9 É o que Marçal Justen Filho e Eduardo Ferreira Jordão chamam de “modelo promocional”. JUSTEN FILHO, Marçal; JORDÃO, Eduardo Ferreira. A contratação administrativa destinada ao fomento de atividades privadas de interesse coletivo. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, vol. 9, n. 34, jul./set. 2011.

10 In verbis: “Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 23 dez. 2020.

11 BLANCHET, Luiz Alberto; SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. A atividade de fomento como mecanismo de intervenção do estado na economia e a efetivação dos direitos fundamentais. Revista de Direito Público Contemporâneo, Instituto de Estudios Constitucionales da Venezuela e Universidade Federal de Rural do Rio de Janeiro do Brasil, a. 2, v. 1, n. 1, p. 5, janeiro/junho 2018.

de aprimorar as predições das teorias econômicas¹². A teoria econômica neoclássica pressupõe que o agente humano escolhe por otimização. Isto é, que em qualquer transação seria apenas analisado o custo e o benefício e, como consequência, seria tomada a decisão “racional”. Contudo, Richard Thaler esclarece que há diversos fatores que influenciam o comportamento econômico dos agentes – todavia, tais fatores são desconsiderados pela teoria econômica neoclássica¹³.

Conforme exposto no tópico anterior, o fomento estatal trabalha com incentivos - positivos ou negativos - para induzir o agente privado a realizar determinada conduta. Parte da crença, portanto, de que o particular ao tomar uma decisão escolherá aquela mais vantajosa - ou a menos custosa.

Ocorre que os ensinamentos da Economia Comportamental demonstram que essa racionalidade é limitada. Isto é, em um processo de tomada de decisão, há diversos fatores comportamentais, como a capacidade cognitiva limitada de processamento de informações e de atenção, além da força de vontade limitada e interesse próprio limitado, que estão envolvidos e podem influenciar a escolha do agente. Consequentemente, os incentivos que se baseiam na ideia tradicional de que o agente sempre escolherá a decisão que maximizar suas riquezas (racionalidade plena), sem se atentar aos aspectos cognitivos, podem não ser suficientes a induzir o comportamento desejado¹⁴. Nesse viés, Samuel Bowles destaca que as preferências dos indivíduos, responsáveis por determinar as respostas dos cidadãos aos incentivos, dependem, também, da forma como os incentivos são desenhados¹⁵.

Deste modo, é preciso compreender o que realmente motiva e influencia um determinado comportamento. Ao entender melhor como um grupo se comporta, quais são suas preferências e limitações em um dado contexto, pode-se moldar incentivos mais realistas, e quem tem sido comprovados por estudos, como mais efetivos a induzir o comportamento desejado¹⁶. Por isso, Bowles defende que o Legislador deve se sofisticar, e desenhar incentivos que alcancem uma sinergia entre as preferências sociais dos indivíduos e os respectivos incentivos¹⁷. George Akerlof e Robert Shiller, inclusive, defendem que o Governo tem o dever de entender como funciona as reais motivações, o nosso “espírito animal”, para direcioná-las na efetiva promoção do bem-estar¹⁸.

Para auxiliar nessa tarefa do Legislador, A OECD elaborou um documento, em 2019, chamado “Tools and Ethics for Applied Behavioural Insights: The BASIC

12 THALER, Richard. Behavioral economics: past, present and future. *American Economic Review*, v. 106, n. 7, p. 1577, jul. 2016.

13 Por isso, Thaler os chama de “Fatores Supostamente Irrelevantes”, no original “Supposedly irrelevant factors or SFIs” THALER, Richard. Behavioral economics: past, present and future. *American Economic Review*, v. 106, n. 7, p. 1578, jul. 2016.

14 CONGDON, William; KLING, Jeffrey; MULLAINATHAN, Sendhil. Policy and choice: public finance through the lens of behavioral economics. Washington: Brookings Institution Press, 2011, p. 11.

15 BOWLES, Samuel. The moral economy: why good incentives are no substitute for good citizens. New Haven: Yale University Press, 2016, p. 65.

16 DHAMI, Sanjit. The foundations of behavioral economic analysis. New York: Oxford University Press, 2016, p. 1579.

17 BOWLES, Samuel. The moral economy: why good incentives are no substitute for good citizens. New Haven: Yale University Press, 2016, p. 65.

18 AKERLOF, George; SHILLER, Robert. Animal Spirits: how human psychology drives the economy, and why it matters for global capitalism. Princeton: Princeton University Press, 2009, p. 173.

Toolkit”. O objetivo do trabalho é de servir como um guia de aplicação de ferramentas da economia comportamental para políticas públicas, através de uma metodologia específica chamada “BASIC”¹⁹.

O BASIC é uma abreviação para Behaviours, Analysis, Strategis, Interventions e Change²⁰ e consiste busca auxiliar o emprego dos estudos da economia comportamental tanto em uma análise ex ante quando uma análise ex post do ciclo de política pública. O primeiro passo do BASIC é o “behavior” que demanda a identificação do comportamento-problema, o qual envolve: (i) analisar os possíveis elementos comportamentais do problema; (ii) selecionar quais comportamentos devem ser promovidos; (iii) escolher qual resultado (comportamento) aquela política deseja obter; (iv) examinar o contexto do local onde pretende que aquele comportamento desejado ocorra.

Após cumprido o item “behavior”, o próximo passo do BASIC é a “analysis”. Nesse ponto é examinado o porquê as pessoas se comportam de uma determinada forma e quais fatores cognitivos estão envolvidos no comportamento desejado²¹. Com base especialmente nos estudos de Daniel Kahneman e Amos Tversky²², a OECD elaborou a estrutura “ABCD”, com o fito de facilitar a identificação dos aspectos comportamentais envolvidos. A tabela da estrutura ABCD demonstra algumas das principais causas cognitivas envolvidas no processo de tomada de decisões. Com isso, a estrutura da ABCD pode servir como um “guia” para que o Legislador verifique, no caso concreto, os vieses cognitivos envolvidos no comportamento desejado da política pública fomentadora.

Na sequência, após ser devidamente analisado o comportamento, parte-se para a “Strategis”. De forma bastante sucinta, este passo compreende a elaboração de uma estratégia para efetivamente modificar o comportamento desejado - que é o centro da política pública²³. Aqui não há uma solução única, certa e absoluta. Cada caso, cada grupo de pessoas, cada comportamento visado, e cada contexto demandam um estudo específico.

Tendo essa ressalva em mente, pode-se elencar algumas estratégias,

19 Cabe destacar que, atualmente, vários institutos governamentais e não governamentais de diferentes países elaboraram “guias” para aplicação da economia comportamental em políticas públicas. É o caso do “MINDSPACE” elaborado pela The Behavioural Insight Team, do “Behavioral insight toolkit” pela IRS dos Estados Unidos da América, o “Report mind, society, and behavior” do World Bank, entre diversos outros. No Brasil, a ENAP elaborou o “SIMPLES MENTE”. A maioria deles repetem conceitos e noções trazidas nesse guia da OECD, por isso, optou-se pela escolha deste material. OECD. Tools and Ethics for Applied Behavioural Insights: The BASIC Toolkit. OECD Publishing: Paris, 2019. Disponível em: <<https://doi.org/10.1787/9ea76a8f-en>>. Acesso em 23 dez. 2020.

20 Tradução livre: Comportamentos, análises, estratégias, intervenção e mudança. OECD. Tools and Ethics for Applied Behavioural Insights: The BASIC Toolkit. OECD Publishing: Paris, 2019. Disponível em: <<https://doi.org/10.1787/9ea76a8f-en>>. Acesso em 23 dez. 2020.

21 OECD. Tools and Ethics for Applied Behavioural Insights: The BASIC Toolkit. OECD Publishing: Paris, 2019, p. 22. Disponível em: <<https://doi.org/10.1787/9ea76a8f-en>>. Acesso em 23 dez. 2020.

22 Apesar de a OECD ter utilizados outros estudos comportamentais e experimentais na elaboração da ABCD fica claro, pela leitura, que o marco teórico são os estudos de Kahneman e Tversky, em especial: KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos. Judgement Under Uncertainty: Heuristics and Biases. Sciences. New Series. v. 185, n. 4157, p.1124-1131, sep. 1974; KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos. Choices, values and frames. Cambridge University Press: Cambridge, 2000 e; KAHNEMAN, Daniel. Rápido e devagar: duas formas de pensar. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

23 OECD. Tools and Ethics for Applied Behavioural Insights: The BASIC Toolkit. OECD Publishing: Paris, 2019, p. 28-33. Disponível em: <<https://doi.org/10.1787/9ea76a8f-en>>. Acesso em 23 dez. 2020.

identificadas pela OECD, que podem contribuir na efetividade de uma política pública. Uma delas é a “atenção”: a política pública, para ser efetiva, deve ser hábil a engajar as pessoas, isso significa que é preciso tornar essa política pública relevante²⁴ - o timing e o contexto de uma intervenção são relevantes neste aspecto. A política pública também deve, em suas estratégias, pensar sobre a forma em que ela será vista pelo público, as informações que ela está transmitindo, e tornar o seu acesso o mais fácil possível - evitar barreiras e simplificar a mensagem são sugestões nesse sentido.

Depois de ser definida as respectivas estratégias, o passo seguinte da BASIC é a “Intervention”. Aqui é desenhada a forma de intervenção que será realizada. Para tanto, deve ser realizado testes das estratégias definidas no passo anterior para constatar qual se mostrará mais efetiva para alcançar os resultados previstos. Sobre os testes, destaca-se os “Randomised controlled trials” (RCTs) que, a partir de uma amostra, analisam dois grupos (com características bem parecidas) com aplicação de estratégias diferentes²⁵. Os testes via RCTs permitem, ao comparar dois grupos extremamente similares, examinar se alguma das estratégias funcionou.

Por fim, a última etapa do BASIC é o “Change”. Essa etapa ocorre após ter sido implementada a intervenção estatal e busca investigar se essa intervenção está alcançando os resultados esperados²⁶. É importante que haja monitoramentos a longo prazo para analisar os eventuais efeitos adversos que podem ter ocorrido.

Diante do exposto, tem-se que o uso de estudos da economia comportamental pelo Governo deve ser amparado por uma grande capacidade de suporte e de controle de qualidade sobre a segurança e a certeza do uso de determinada ferramenta comportamental em um dado contexto. É fundamental que pessoas qualificadas estejam envolvidas nesse processo. Isso pode ocorrer pela contratação de especialistas para trabalhar em uma unidade específica do Governo ou por meio de parcerias com entidades privadas. Com parcerias, o Governo poderá focar a sua atenção em identificar áreas para potencial aplicação de estudos comportamentais, decidir qual entidade seria adequada para o trabalho, avaliar os resultados do trabalho e transferi-los a um processo de elaboração de política pública²⁷.

De acordo com a OECD o elemento chave para a aplicação da economia comportamental é um rigoroso método de pesquisa e geração de políticas públicas com base em evidências. Deve haver um processo experimental sério e criterioso para avaliar até que ponto aquele experimento poderá ser replicado e ampliado para

24 OECD. Tools and Ethics for Applied Behavioural Insights: The BASIC Toolkit. OECD Publishing: Paris, 2019, p. 28-29. Disponível em: <<https://doi.org/10.1787/9ea76a8f-en>>. Acesso em 23 dez. 2020.

25 Esse tipo de teste é mais comum na medicina, mas vem amplamente sendo utilizado em testes experimentais da economia comportamental. Sobre aplicação de testes experimentais na economia comportamental, confira: ALLCOTT, Hunt; TAUBINSKY, Dmitry. The Lightbulb Paradox: Evidence from Two Randomized Experiments. National Bureau of Economic Research, Cambridge, n.º 19713, dec. 2013. Disponível em: <<https://www.nber.org/papers/w19713>>. Acesso em 23 dez. 2020. FERRARO, Paul; PRICE, Michael. Using non-pecuniary strategies to influence behavior: evidence from a large scale field experiment. National Bureau of Economic Research, Cambridge, n.º 17189, jul. 2011. Disponível em: <<https://www.nber.org/papers/w17189>>. Acesso em 23 dez. 2020. OECD. Tools and Ethics for Applied Behavioural Insights: The BASIC Toolkit. OECD Publishing: Paris, 2019, p. 34. Disponível em: <<https://doi.org/10.1787/9ea76a8f-en>>. Acesso em 23 dez. 2020.

26 OECD. Tools and Ethics for Applied Behavioural Insights: The BASIC Toolkit. OECD Publishing: Paris, 2019, p. 36-37. Disponível em: <<https://doi.org/10.1787/9ea76a8f-en>>. Acesso em 23 dez. 2020.

27 OECD. Delivering better policies through behavioral insights: new approaches. OECD Publishing: Paris, 2019, p. 27. Disponível em: <<https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/behavioural-insights.htm>>. Acesso em 23 dez. 2020.

uma escala maior²⁸.

Ainda, um importante aspecto que deve ser levado em consideração é a ética. A aplicação do instrumental da economia comportamental em políticas públicas envolve dados e vieses comportamentais de indivíduos e grupos. Considerações éticas devem ser analisadas. A OECD, neste quesito, recomenda o estabelecimento de um conselho de revisão ética específico para acompanhamento de todo o processo, além do dever de ser observado os códigos de conduta locais²⁹.

3. Considerações Finais

A atividade de fomento estatal consiste em uma forma de intervenção do Estado, por meio de incentivos, para induzir o particular a realizar uma determinada conduta que é de interesse público. As políticas públicas são uma das formas que o Estado usa para exercer o fomento estatal. Contudo, para atingir os efeitos esperados, a estrutura do incentivo precisa ser suficiente a promover o comportamento do agente.

A estrutura de concessão de incentivos, pela via de políticas públicas fomentadoras, está fundada na crença tradicional de que o particular, ao tomar uma decisão, faria a escolha “racional”, isto é, a que lhe gerar mais ganhos do que perdas. Porém, os estudos da economia comportamental demonstram que isso nem sempre ocorre. Há diversas questões comportamentais que influenciam a tomada de decisão e, conseqüentemente, podem gerar resultado inverso ao pretendido.

O potencial da inclusão dos estudos da economia comportamental em políticas públicas tem sido objeto de diversos estudos experimentais internacionais. A OECD, inclusive, já documentou mais de 150 casos de aplicação da economia comportamental em políticas públicas, como: proteção do consumidor, meio-ambiente, educação financeira, comportamental empresarial, integridade do setor público, obesidade, política regulatória e tributação.

A contribuição da economia comportamental, nas políticas de fomento, pode se dar de duas formas: (i) avaliação ex ante, antes de ser implementada, pela identificação de barreiras comportamentais que poderiam comprometer a efetividade daquela política pública e, com isso, pode-se desenhar estruturas mais propícias a atingir o resultado esperado e; (ii) avaliação ex post, após ser implementada, pela investigação do(s) motivo(s) pelo quais aquela política pública não alcançou o efeito visado e como ela poderia ser modificada para alcançá-lo.

Deste modo, compreende-se que o uso das ferramentas da economia comportamental tem grande potencial para aprimorar o fomento estatal, por meio de políticas públicas, de modo a torná-las mais propícias a atingirem o resultado pretendido. Em especial no cenário brasileiro, em que temos severas restrições orçamentárias aliadas a grandes necessidades sociais da população, é fundamental que a atuação estatal seja efetiva.

28 OCED. Delivering better policies through behavioral insights: new approaches. OECD Publishing: Paris, 2019, p. 27. Disponível em: <<https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/behavioural-insights.htm>>. Acesso em 23 dez. 2020.

29 OECD. Tools and Ethics for Applied Behavioural Insights: The BASIC Toolkit. OECD Publishing: Paris, 2019, p. 37. Disponível em: <<https://doi.org/10.1787/9ea76a8f-en>>. Acesso em 7 jul. 2020.

Referências Bibliográficas

AKERLOF, George; SHILLER, Robert. *Animal Spirits: how human psychology drives the economy, and why it matters for global capitalism*. Princeton: Princeton University Press, 2009

ALLCOTT, Hunt; TAUBINSKY, Dmitry. *The Lightbulb Paradox: Evidence from Two Randomized Experiments*. National Bureau of Economic Research, Cambridge, n.º 19713, dec. 2013. Disponível em: <<https://www.nber.org/papers/w19713>>. Acesso em 23 dez. 2020

BLANCHET, Luiz Alberto; SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. A atividade de fomento como mecanismo de intervenção do estado na economia e a efetivação dos direitos fundamentais. *Revista de Direito Público Contemporâneo, Instituto de Estudios Constitucionales da Venezuela e Universidade Federal de Rural do Rio de Janeiro do Brasil*, a. 2, v. 1, n. 1, p. 5, janeiro/junho 2018.

BOWLES, Samuel. *The moral economy: why good incentives are no substitute for good citizens*. New Haven: Yale University Press, 2016

CONGDON, William; KLING, Jeffrey; MULLAINATHAN, Sendhil. *Policy and choice: public finance through the lens of behavioral economics*. Washington: Brookings Institution Press, 2011

FERRARO, Paul; PRICE, Michael. Using non-pecuniary strategies to influence behavior: evidence from a large scale field experiment. National Bureau of Economic Research, Cambridge, n.º 17189, jul. 2011. Disponível em: <<https://www.nber.org/papers/w17189>>. Acesso em 23 dez. 2020.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

JUSTEN FILHO, Marçal; JORDÃO, Eduardo Ferreira. A contratação administrativa destinada ao fomento de atividades privadas de interesse coletivo. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte*, vol. 9, n. 34, jul./set. 2011.

KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos. *Judgement Under Uncertainty: Heuristics and Biases*. Sciences. New Series. v. 185, n. 4157, p.1124-1131, sep. 1974.

KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos. *Choices, values and frames*. Cambridge University Press: Cambridge, 2000

KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Noções gerais sobre o fomento estatal. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.). *Tratado de Direito Administrativo: Funções administrativas do Estado*. vol. 4. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2015.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 14a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003

MEDAUR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 21 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

OCED. *Delivering better policies through behavioral insights: new approaches*. OECD

Publishing: Paris, 2019, p. 27. Disponível em: <<https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/behavioural-insights.htm>>. Acesso em 23 dez. 2020.

OECD. Tools and Ethics for Applied Behavioural Insights: The BASIC Toolkit. OECD Publishing: Paris, 2019. Disponível em: <<https://doi.org/10.1787/9ea76a8f-en>>. Acesso em 23 dez. 2020.

THALER, Richard. Behavioral economics: past, present and future. *American Economic Review*, v. 106, n. 7, p. 1577, jul. 2016.

Habilidades do século XXI: remodelação da educação jurídica no Brasil

21st century skills: Remodeling of legal education in Brazil

Daiane de Queiroz¹

Monica Mota Tassigny²

Sumário: Introdução; II. Quarta Revolução Industrial; III. Habilidade e Competências do Século XXI; IV. DCN N°5/2018-Educação Jurídica Brasileira; V. Considerações Finais; VI. Referências.

Resumo: A integração de tecnologia aos serviços jurídicos vem alterando profundamente as carreiras jurídicas no Mundo e no Brasil. Nesse sentido, busca-se compreender as transformações das profissões e das organizações jurídicas por meio do impacto tecnológico acelerado pela pandemia da COVID-19. Com isso, apresenta-se quais as habilidades exigidas dos profissionais e as carências de sua formação, conforme relatório do Fórum Econômico Mundial (FEM). Por fim, analisa-se a diretriz curricular no que tange ao perfil de egresso necessário para o mercado jurídico de trabalho futuro. A pesquisa está dividida em três momentos, o primeiro discorre sobre os aspectos relevantes da Quarta Revolução Industrial, expondo seu crescimento com o isolamento social imposto devida à pandemia da COVID-19. O segundo momento apresenta as habilidades e competências do século XXI. Já o terceiro momento analisa se houve a promoção no desenvolvimento de habilidades e competências do século XXI na nova diretriz curricular dos cursos de Direito do Brasil, Resolução n° 5, de 18 de dezembro de 2018, prevista para entrar em vigor após dois anos de sua publicação no que se refere a cursos já autorizados pelo Ministério da Educação (MEC), mas que devido à pandemia foi prorrogado por mais um ano, entrando em vigor apenas em dezembro de 2021. Utilizou-se como metodologia pesquisa bibliográfica, mediante análise de artigos nacionais e internacionais nas bases de dados de periódicos e livros doutrinários; pesquisa documental, desenvolvida por análise dos relatórios do Fórum Econômico Mundial e da Resolução n° 5 de 17 de dezembro de 2018 – DCN do curso de graduação em Direito; sendo de natureza exploratória; e com uma abordagem qualitativa. Espera-se contribuir para a compreensão de quais habilidades e competências serão exigidas do profissional jurídico no século XXI e, quanto às Instituições de Ensino Superior, se estão preparadas no âmbito da educação jurídica no Brasil para recepcioná-las.

Palavras-chaves: Quarta Revolução Industrial; Habilidades e Competências do Século XXI; Educação Jurídica Brasileira.

Abstract: The integration of technology into legal services has been profoundly changing legal careers in the world and in Brazil. In this sense, it seeks to understand how transformations of professions and legal associations through the technological impact accelerated by the covid-19. Thus, it is presented what are the skills required for professionals and the shortcomings of their background, according to a report by the World Economic Forum (FWE). Finally, the curricular guideline is analyzed in terms of the profile of graduates required for the future job market. The research is divided into three moments, the first discusses the relevant aspects of the Fourth Industrial Revolution, exposing its growth with the social isolation imposed due to the pandemic of COVID-19. The second moment presents the skills and competences of the 21st century. The third moment analyzes whether there was a promotion in the development of skills and competences of the 21st century in the new curricular guideline for Law courses in Brazil, Resolution n° 5, of December 18, 2018, scheduled to come into force after two years of its publication with regard to courses already authorized by the Ministry of Education (MEC), but which, due to the pandemic, was extended for another year, coming into force only in December 2021. Bibliographic and documentary research was used as methodology, through the analysis of articles in the databases of periodicals and doctrinal books, whereas documentary research is developed by analyzing the reports of the World Economic Forum, and Resolution No. 5 of December 17, 2018 - DCN of the graduation law course, of an exploratory nature, and with a qualitative approach. It is expected to contribute to the understanding of what skills and competencies will be required of legal professionals in the 21st century, and whether higher education institutions are prepared within the scope of legal education in Brazil.

Keywords: Fourth Industrial Revolution; 21st century skills and competences; Brazilian Legal Education.

¹ Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza – PPGD/UNIFOR. Advogada, Pesquisadora GEPEDI/DPDI, Professora, Consultora de projetos pós-graduação lato sensu na Poliscursos. E-mail: daianequeiroz25304@gmail.com

² Professora Doutora Titular do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional – PPGD/UNIFOR. E-mail: monica.tass@gmail.com

Introdução

Atualmente enfrentamos uma grande diversidade de desafios fascinantes; entre eles, o mais intenso e importante é o entendimento e a modelação da nova revolução tecnológica³. Diversas transformações tecnológicas vêm acontecendo, mudanças essas impulsionadas ainda mais com a pandemia da COVID-19.

Em abril de 2020 o Centro de Estudos das Sociedades de Advogados (CESA) e a Associação Brasileira de Lawtechs e Legaltechs (AB2L) realizaram uma pesquisa sobre o impacto da pandemia da COVID-19 em escritórios de advocacias no Brasil, revelando que os escritórios que já utilizavam tecnologia não tiveram sua demanda de processos impactada.

Ressalta-se, ainda, que, em recente palestra no Legal Management Fórum 2020, Richard Susskind afirmou que a advocacia vai evoluir mais na próxima década que em todo o século passado. Conforme Susskind, “a pandemia está quebrando tabus e princípios que, antes, pareciam inabaláveis. Um deles, sem dúvida, diz respeito à necessidade de escritórios físicos”. O trabalho pode ser realizado em qualquer lugar, a qualquer momento. Essas mudanças também ocorrem na esfera pública, conforme será apresentado posteriormente, com a previsão jurídica na adoção do “juiz 100% digital”.

Assim, o advogado que adotar métodos que otimizam o tempo gasto no cumprimento de determinados trabalhos com o auxílio da tecnologia, que lhe será importante aliada, se destacará no mercado de trabalho do século XXI⁴. Com isso, há a exigência da criação de novos conhecimentos no campo jurídico com a demanda tecnológica, sendo requerido do profissional jurídico o desenvolvimento de novas habilidades e competências profissionais, tornando urgente uma remodelação da educação jurídica.

Utilizou-se pesquisa bibliográfica de natureza teórico-crítica e exploratória, quanto ao caráter do estudo, é descritivo, realizada mediante análise de artigos nas bases de dados de periódicos e livros doutrinários, com uma abordagem qualitativa, bem como documental, com coleta de dados disponíveis no Fórum Econômico Mundial (FEM) referentes ao período entre os anos 2015 e 2020.

O impacto de novas tecnologias no campo jurídico foi acelerado exponencialmente com a pandemia da COVID-19, os efeitos sobre as profissões jurídicas estão cada vez mais evidentes. Assim, apresenta-se a seguinte questão de pesquisa: Em que medida a resolução nº 5 de 17 de dezembro de 2028 – DCN do curso de graduação em Direito recepcionou as habilidades e competências do século XXI?

2. Quarta Revolução Industrial e seu crescimento exponencial devido à COVID-19

O mundo passa por uma transição que dá início à Quarta Revolução Industrial,

3 SCHWAB, Klaus. A quarta revolução industrial. Tradução de Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016. p.13.

4 FEIGELSON, Bruno. BECKER, Daniel. RAVAGNANI, Giovani. O advogado do amanhã: Estudos em homenagem ao professor Richard Susskind. São Paulo. Thomson Reuters, 2019, p.47.

conhecida como Revolução Digital ⁵. Pode-se associá-la a uma continuação inteligente da terceira e defini-la como uma sinergia das tecnologias isoladas. O desenvolvimento e a incorporação de novas tecnologias muito mais inteligentes vão moldar as indústrias nos próximos anos.

A Quarta Revolução Industrial, que já vem sendo debatida ao longo dos últimos anos, ganhou ainda mais destaque no ano de 2020. A pandemia causada pelo coronavírus SARS-CoV-2, gerador da doença COVID-19, em março de 2020, ocasionou impactos na sociedade em vários aspectos, seja para os indivíduos, seja para a coletividade.

No campo jurídico não seria diferente, com a decretação do distanciamento social a partir do mês de março de 2020 no Brasil, a sociedade precisou se adaptar a um novo estilo de vida, que concentrou o desenvolvimento de praticamente todas as atividades em meio digital. Nesse sentido, “A necessidade de se digitalizarem todas as formas de negócio, de maneira rápida, será um grande legado da pandemia para o mercado de trabalho”.

O impacto da tecnologia no Direito já estava sendo notado e estudado. Cita-se os exemplos seguintes: lawtechs/legaltechs, inteligência artificial, blockchain, sandbox, IOT, ODRs, Fintechs, Legal operation, Jurimetria (análise de dados), e outros. Para tantos novos mecanismos inovadores e impactantes na junção entre o Direito e a tecnologia, conhecimentos contemporâneos são necessários para interagir com essas mudanças, sendo exemplos as seguintes: smart contracts, design thinking (legal desing/Visual Law), Legal operation, Metodologias Ágeis, LGPD, entre outros.

Dentro de todo esse contexto temos a “Era dos Dados”, pela qual, segundo especialistas como Ronaldo Lemos, se viverá em uma Economia dos dados. Assim, a ciência de dados está conectada em compreender sua matéria prima, que são o dado, a informação e o conhecimento.⁶ Dados são coletados e normalmente armazenados. A informação é o dado analisado e com algum significado. O conhecimento é a informação interpretada, entendida e aplicada para um fim. Assim, a ciência de dados trata de estudar o dado em todo o seu ciclo de vida, da produção ao descarte⁷.

Ainda demonstrando aceleração da tecnologia no Direito, com destaque no âmbito público em virtude do fenômeno da transformação digital, no Brasil, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) publicou recentemente a resolução nº 345, de 09 de outubro de 2020, na qual dispõe sobre a possibilidade de implementação de “Juízos 100% digitais”. Foram aderidos pelos seguintes tribunais: TKRJ, TJMS, TJPB, TJSP, TRT14, TJCE, TJRO. Julga-se que, embora seja improvável conceber máquinas exercendo todas as funções jurídicas, deve-se pensar em uma prática jurídica que se apoia em soluções tecnológicas⁸.

Assim, é fato que a transformação da Quarta Revolução Industrial vai atingir todos os aspectos da nossa vida e, é claro, a educação será um deles. Ainda no ano

5 SCHWAB, Klaus. A quarta revolução industrial. Tradução de Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016. p. 18.

6 AMARAL, FERNANDO. Introdução à Ciência de Dados: mineração de dados e big data. Altabooks editora: Rio de Janeiro, 2016. p.3.

7 AMARAL, FERNANDO. Introdução à Ciência de Dados: mineração de dados e big data. Altabooks editora: Rio de Janeiro, 2016. Pg.4

8 KLAFKE, Forma Guilherme. FEFERBAUM, Marina. Metodologias Ativas em Direito. São Paulo: Atlas, 2020. p.8

de 2020, com toda sua atipicidade, foi permitido que todas as aulas fossem realizadas pelo sistema virtual, que ficou conhecido como aulas remotas em tempo real.

No futuro (hoje), portanto, a educação superior terá que se adaptar ao que o mercado exigir⁹. É nesse sentido que se faz necessária e urgente a inclusão das novas tecnologias e, principalmente, das metodologias participativas nos Cursos de Direito para romper com o tradicionalismo e o conservadorismo, que é uma das justificativas da crise no ensino jurídico¹⁰. Com isso, apresenta-se, na próxima seção, as habilidades e competências do século XXI, que vêm liderando estudos quanto à sua inclusão na educação jurídicas no Brasil.

3. Habilidades e competências do século XXI

O século XXI exige novas habilidades das pessoas e das sociedades, em especial novas alfabetizações que desbordam em muito as tradicionais, tal como manejar devida fluência tecnológica¹¹. Esta expressão, “habilidades do século XXI”, tornou-se comum nas discussões em torno dos novos desafios impostos pelo estilo de sociedade e economia, caracterizando-se pelo nível intensivo de conhecimento e informação, puxado freneticamente pelas novas tecnologias de informação e comunicação (TIC)¹².

Em 1997, a Organização Mundial de Saúde (OMS) organizou uma lista denominada ‘habilidades para a vida’: autoconhecimento, empatia, inteligência emocional, resolução de problemas, comunicação, relacionamentos interpessoais, tomada de decisão, pensamento criativo, pensamento crítico¹³. Já seria o início de estudos relacionados com o que os alunos precisavam aprender para se desenvolver profissionalmente no futuro.

Nota-se que em educação, algumas dessas habilidades posteriormente foram denominadas “competências socioemocionais” e vêm recebendo, desde 2015, especial destaque da Organização Social para o Desenvolvimento Econômico (OCDE) e de diversas instituições educacionais em todo o mundo, que estão produzindo materiais e pesquisas para apoiar educadores a criarem políticas e práticas educacionais relacionadas a essas competências¹⁴.

Para dar mais contribuições ao assunto, no ano de 2015 o World Economic

9 QUEIROZ, Daiane de; TASSIGNY, Mônica Mota. Lawtech/Legaltech e o Ensino Jurídico no Brasil. in: AMORIM, J. C.; VEIGA, F.S.; AZEVEDO, P.A.; Desafios do Legaltech, Porto: Iberojur e Instituto Superior de Contabilidade e Administração do Porto, 2020, página 602-6012. ISBN: 978-989-54869-1-5. p.606.

10 QUEIROZ, Daiane de; TASSIGNY, Mônica Mota. DESAFIOS E PERSPECTIVAS DAS NOVAS TECNOLOGIAS NO ENSINO JURÍDICO À LUZ DA RESOLUÇÃO Nº 5/2018 – DCN DO CURSO DE DIREITO. Revista Em Tempo, [S.l.], v. 20, n. 1, nov. 2020. ISSN 1984-7858. Disponível em: <<https://revista.univem.edu.br/emtempo/article/view/3198>>. Acesso em: 25 nov. 2020. doi: <https://doi.org/10.26729/et.v20i1.3198>. p.11.

11 DEMO, P. Habilidades do século XXI. Boletim Técnico do SENAC: a revista da educação profissional, Rio de Janeiro, v.34, n.2, p.5-15, maio/ago, 2008., p. 5.

12 QUEIROZ, Daiane de; TASSIGNY, Mônica Mota. DESAFIOS E PERSPECTIVAS DAS NOVAS TECNOLOGIAS NO ENSINO JURÍDICO À LUZ DA RESOLUÇÃO Nº 5/2018 – DCN DO CURSO DE DIREITO. Revista Em Tempo, [S.l.], v. 20, n. 1, nov. 2020. ISSN 1984-7858. Disponível em: <<https://revista.univem.edu.br/emtempo/article/view/3198>>. Acesso em: 25 nov. 2020. doi: <https://doi.org/10.26729/et.v20i1.3198>. p.9.

13 GONSALES, Priscila. Design Thinking e a ritualização de boas práticas educativas. Instituto Educadigital: São Paulo. 2017. p. 25. 1Edição do Kindle.

14 GONSALES, Priscila. Design Thinking e a ritualização de boas práticas educativas. Instituto Educadigital: São Paulo. 2017. p. 25-26. 1Edição do Kindle.

Forum (WEF) realizou uma pesquisa para verificar quais seriam as habilidades necessárias para o mercado de trabalho do século XXI mediante a forte expansão dessas tecnologias. Ajustadas com a atual revolução tecnológica, o que brota como habilidade para os profissionais do século XXI são aquelas direcionadas para o ser humano, isto é, para a capacidade essencial do ser humano de reflexão, empatia, vivência de emoções, análise e tomada de decisões, denominadas como soft skills.

Em 2015, a lista era composta pelas seguintes habilidades e competências: 1) resolução de problemas complexos; 2) trabalho em equipe; 3) coordenação e gerenciamento de times; 4) pensamento e análise crítica; 5) persuasão e negociação; 6) controle de qualidade; 7) orientação ao serviço; 8) julgamento e tomada de decisão; 9) escuta ativa; 10) criatividade, originalidade e iniciativa.

Em 2018, elas seguintes: 1) pensamento analítico e inovação; 2) resolução de problemas complexos; 3) pensamento e análise crítica; 4) aprendizagem ativa e estratégias de aprendizagem; 4) criatividade, originalidade e iniciativa; 5) atenção ao detalhe e credibilidade; 6) argumentação, resolução de problemas e ideação; 7) liderança e influência social; 8) coordenação e gerenciamento de times.

Já para 2020, estas eram as necessidades esperadas, conforme relatório FWE: 1) resolução de problemas complexos; 2) pensamento e análise crítica; 3) criatividade, originalidade e iniciativa; 4) coordenação e gerenciamento de times; 5) trabalho em equipe; 6) inteligência emocional; 7) julgamento e tomada de decisão; 8) orientação ao serviço; 9) persuasão e negociação; 10) aprendizagem ativa e estratégias de aprendizagem.

Para 2025, segundo o Fórum Econômico Mundial, serão importantes: 1) pensamento analítico e inovação; 2) aprendizagem ativa e estratégias de aprendizagem; 3) resolução de problemas complexos; 4) pensamento e análise crítica; 5) criatividade, originalidade e iniciativa; 6) liderança e influência social; 7) uso, monitoramento e controle de tecnologias; 8) resiliência, tolerância ao estresse e flexibilidade; 9) argumentação, resolução de problemas e ideação; 10) inteligência emocional.

As habilidades do século XXI correspondem a uma necessidade. Assim, os autores confirmam que, com a evolução tecnológica e o desenvolvimento de economias fundadas em inovação, criatividade e colaboração, o mercado de trabalho sofreu impactos, de modo que houve declínio na necessidade de operadores que realizassem trabalhos de cunho manual ou cognitivo, porém, notou-se elevada e correspondente demanda naqueles que careciam de competências de rotinas não analíticas e habilidades interpessoais¹⁵.

Nesse sentido, verifica-se como a legislação educacional jurídica brasileira apresenta-se para que os cursos de Direito se adaptem a essa nova realidade profissional, discorrendo-se na próxima seção acerca da inclusão das habilidades e competência do século XXI na educação jurídico.

15 SALES, Lília Maia de Moraes; BEZERRA, Mario de Quesado Miranda. Os avanços tecnológicos do século XXI e o desenvolvimento de habilidades necessárias ao profissional do Direito a partir das abordagens das Universidades de Harvard e Stanford. Pensar, Fortaleza, v. 23, n. 4, p. 1-13, 2018. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.5020/2317-2150.2018.8016>>. Acesso em: 05 maio 2019. p. 3.

4 Percepções da DCN do Curso de Graduação em Direito em relação às habilidades do século XXI

A resolução nº 5, de 17 de dezembro de 2018, recebeu inúmeras críticas em sua homologação, haja vista não trazer algo realmente novo para os cursos de Direito. Destaca-se o art. 4, segundo o qual o curso de graduação em Direito deverá possibilitar a formação profissional que revele, pelo menos, as competências cognitivas, instrumentais e interpessoais, capacitando o graduando a:

- I - interpretar e aplicar as normas (princípios e regras) do sistema jurídico nacional, observando a experiência estrangeira e comparada, quando couber, articulando o conhecimento teórico com a resolução de problemas;
- II - demonstrar competência na leitura, compreensão e elaboração de textos, atos e documentos jurídicos, de caráter negocial, processual ou normativo, bem como a devida utilização das normas técnico-jurídicas;
- III - demonstrar capacidade para comunicar-se com precisão;
- IV - dominar instrumentos da metodologia jurídica, sendo capaz de compreender e aplicar conceitos, estruturas e racionalidades fundamentais ao exercício do Direito;
- V - adquirir capacidade para desenvolver técnicas de raciocínio e de argumentação jurídicos com objetivo de propor soluções e decidir questões no âmbito do Direito;
- VI - desenvolver a cultura do diálogo e o uso de meios consensuais de solução de conflitos;
- VII - compreender a hermenêutica e os métodos interpretativos, com a necessária capacidade de pesquisa e de utilização da legislação, da jurisprudência, da doutrina e de outras fontes do Direito;
- VIII - atuar em diferentes instâncias extrajudiciais, administrativas ou judiciais, com a devida utilização de processos, atos e procedimentos;
- IX - utilizar corretamente a terminologia e as categorias jurídicas;
- X - aceitar a diversidade e o pluralismo cultural;
- XI - compreender o impacto das novas tecnologias na área jurídica;
- XII - possuir o domínio de tecnologias e métodos para permanente compreensão e aplicação do Direito;
- XIII - desenvolver a capacidade de trabalhar em grupos formados por profissionais do Direito ou de caráter interdisciplinar; e
- XIV - apreender conceitos deontológicos-profissionais e desenvolver perspectivas transversais sobre direitos humanos.

As faculdades de Direito precisam compreender que o perfil tradicional didático-pedagógico que até então conferia sucesso ao aprendizado de seus discentes já não se apresenta mais como a fórmula bem-sucedida e a tendência é a de, cada vez mais, o mercado demonstrar o quão atrasado e obsoleto está o ensino¹⁶. Apesar de não expressar especificamente as habilidades do século XXI, nota-se que podemos interpretar que houve a recepção delas, vejamos o quadro comparativo:

16 HOGEMANN, Edna Raquel. O futuro do direito e do ensino jurídico diante das novas tecnologias. Revista Interdisciplinar de Direito, Faculdade de Direito de Valença, v. 16, n. 1, p.105-115, 2018. p.112.

Quadro 1

Habilidades do século XXI	Competências cognitivas, instrumentais e interpessoais
Adaptabilidade	compreender o impacto das novas tecnologias na área jurídica;
Criatividade	possuir o domínio de tecnologias e métodos para permanente compreensão e aplicação do Direito;
Comunicação	demonstrar capacidade para comunicar-se com precisão;
Consciência sociocultural	aceitar a diversidade e o pluralismo cultural;
Empatia	apreender conceitos deontológicos profissionais e desenvolver perspectivas transversais sobre direitos humanos.
Liderança	desenvolver a capacidade de trabalhar em grupos formados por profissionais do Direito ou de caráter interdisciplinar;
Pensamento crítico	dominar instrumentos da metodologia jurídica, sendo capaz de compreender e aplicar conceitos, estruturas e racionalidades fundamentais ao exercício do Direito;
Resolução de problemas complexos	adquirir capacidade para desenvolver técnicas de raciocínio e de argumentação jurídicos com objetivo de propor soluções e decidir questões no âmbito do Direito.

Fonte: Autoras 2020, com base na Habilidades do século XXI, de na Resolução nº 5/2018.

Logo, há uma necessidade premente de incentivar o desenvolvimento dessas habilidades e competências, de maneira que os futuros profissionais do Direito estejam aptos a fazer uso eficiente das soft skills como instrumentos inclusivos dessa moderna geração de profissionais jurídicos do século XXI. É necessário, nesse contexto, que o currículo inclua os conteúdos – teóricos e práticos – indispensáveis para o desenvolvimento dessas competências¹⁷. Assim, as metodologias ativas de ensino participativas são apresentadas como fundamentais para atingir objetivos que vão além da apreensão de informações e conceitos, desenvolvendo habilidades e promovendo reflexão¹⁸.

17 RODRIGUES, Horácio Wanderlei. Educação Jurídica no Século XXI: novas diretrizes curriculares nacionais do curso de direito – limites e possibilidades. Florianópolis: Habitus, 2019. p. 270

18 FEFERBAUM, Marina. Et al. Ensino Jurídico e Inovação. São Paulo: Almedina, 2020. p.27.

Considerações finais

A pesquisa apresenta a Quarta Revolução Industrial e seu crescimento exponencial, acelerado pela pandemia da COVID-19. Assim, apresenta-se as habilidades e competências do século XXI como possibilidades na inserção desse novo perfil necessário com o advento das novas tecnologias, sendo eminente uma remodelação na educação jurídica brasileira.

A necessidade para que haja integração da profissão jurídica com as novas tecnologias não se restringe à atuação isolada de alguns profissionais ou entidades do mercado jurídico, devendo alcançar os estudantes que demandam uma formação mais adequada aos tempos atuais, onde o ensino do Direito reconheça que as novas tecnologias fazem parte das atividades jurídicas.

Conclui-se que a diretriz curricular nacional do curso de Direito, resolução nº 5, de dezembro de 2018, recepcionou as habilidades e competências do século XXI, necessitando-se de uma interpretação em sua aplicação. Apesar de esse conteúdo ser contemporâneo e constantemente discutido pelos profissionais do âmbito educacional jurídico, ainda é necessário um maior fomento ao seu desenvolvimento por docentes e discentes, haja vista as raízes tradicionais e conservadoras que ainda assombram o curso de Direito no Brasil.

Referências

- FEFERBAUM, Marina. Et al. Ensino Jurídico e Inovação. São Paulo: Almedina, 2020.
- FEIGELSON, Bruno. BECKER, Daniel. RAVAGNANI, Giovani. O advogado do amanhã: Estudos em homenagem ao professor Richard Susskind. São Paulo. Thomson Reuters, 2019.
- GONSALES, Priscila. Design Thinking e a ritualização de boas práticas educativas. Instituto Educadigital: São Paulo. 2017. p. 25-26. 1Edição do Kindle.
- HOGEMANN, Edna Raquel. O futuro do direito e do ensino jurídico diante das novas tecnologias. Revista Interdisciplinar de Direito, Faculdade de Direito de Valença, v. 16, n. 1, p.105-115, 2018.
- KLAFKE, Forma Guilherme. FEFERBAUM, Marina. Metodologias Ativas em Direito. São Paulo: Atlas, 2020.
- MOURA, Taísa Ilana Maia de. TASSIGNY, Mônica Mota. SILVA, Thomaz Edson Veloso. O uso da tecnologia no ensino jurídico: o método do ensino híbrido no curso de direito. Revista UniVap, v. 24, 2018.
- QUEIROZ, Daiane. TASSIGNY, Mota Monica. “lawtech/legaltech e o ensino jurídico no Brasil”, in: AMORIM, J. C.; VEIGA, F.S.; AZEVEDO, P.A.; Desafios do Legaltech, Porto: Iberojur e Instituto Superior de Contabilidade e Administração do Porto, 2020, página 602-6012 capítulo LX. ISBN: 978-989-54869-1-5.
- QUEIROZ, Daiane de; TASSIGNY, Mônica Mota. DESAFIOS E PERSPECTIVAS DAS

NOVAS TECNOLOGIAS NO ENSINO JURÍDICO À LUZ DA RESOLUÇÃO Nº 5/2018 – DCN DO CURSO DE DIREITO. Revista Em Tempo, [S.l.], v. 20, n. 1, nov. 2020. ISSN 1984-7858. Disponível em: <<https://revista.univem.edu.br/emtempo/article/view/3198>>. Acesso em: 23 nov. 2020. doi: <https://doi.org/10.26729/et.v20i1.3198>.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. Educação Jurídica no Século XXI: novas diretrizes curriculares nacionais do curso de direito – limites e possibilidades. Florianópolis: Habitus, 2019.

SALES, Lília Maia de Moraes; BEZERRA, Mario de Quesado Miranda. Os avanços tecnológicos do século XXI e o desenvolvimento de habilidades necessárias ao profissional do Direito a partir das abordagens das Universidades de Harvard e Stanford. Pensar, Fortaleza, v. 23, n. 4, p. 1-13, 2018. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.5020/2317-2150.2018.8016>>. Acesso em: 05 maio 2019.

SCHWAB, Klaus. A quarta revolução industrial. Tradução de Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016.

WORLD ECONOMIC FORUM – WEF. 6 quotes from Davos on the future of education. 2018. Disponível em: <<https://www.weforum.org/agenda/2018/01/top-quotes-from-davos-on-the-future-of-education/>>. Acesso em: 30 out. 2019.

WORLD ECONOMIC FORUM – WEF. Future of Jobs report. 2016. Disponível em: <http://www3.weforum.org/docs/WEF_Future_of_Jobs.pdf>. Acesso em: 25 out. 2019.

WORLD ECONOMIC FORUM – WEF. New vision for education: unlocking the potential of technology. 2015. Disponível em: <http://www3.weforum.org/docs/WEFUSA_NewVisionforEducation_Report2015.pdf>. Acesso em: 29 out. 2019.

WORLD ECONOMIC FORUM – WEF. The Future of Jobs Report 2020. Disponível em: < <https://es.weforum.org/reports/the-future-of-jobs-report-2020> >. Acesso em: 23 nov. 2020.

WORLD ECONOMIC FORUM – WEF. The Future of Jobs Report 2018. Disponível em: < <https://es.weforum.org/reports/the-future-of-jobs-report-2018> >. Acesso em: 23 out. 2019.

A soberania no processo de globalização: os novos paradigmas de uma sociedade transnacional

Sovereignty in the globalization process: the new paradigms of a transnational society

Gabriela Soldano Garcez¹

Sumário: introdução. 1. A soberania no contexto de globalização. 2. O processo de globalização: novos arranjos internacionais em busca de cooperação. Considerações finais. Referências bibliográficas.

Resumo: A globalização deve ser tratada como um conjunto de processos inter-relacionados em todos os campos básicos existentes (político, econômico, social, educacional, tecnológico, jurídico, entre outros), pois não pode ser reduzida simplesmente a processos tão somente no setor econômico, vez que abrange outras dimensões da dinâmica social, sendo certo que, cada uma destas dimensões avança em ritmo diferente. O resultado deste processo de globalização não é determinado, tendo em vista que uma nova arquitetura mundial está em desenvolvimento que, por sua vez, reduz o poder dos Estados em âmbito internacional e aumenta o protagonismo de outros atores (muitos deles não estatais), como empresas, organizações não governamentais, indivíduos, veículos de comunicação de massa etc, pois a globalização permite ampliar as relações de poder e as atividades sociais, intensificando os fluxos globais. Trata-se, assim, do surgimento de um novo paradigma (uma “reforma”) para o conceito clássico de soberania (que leva em consideração apenas a representação dos governados em seus interesses e a legitimidade na execução das ações). Nesta linha de raciocínio, o presente artigo (fundado em referencial bibliográfico, feito através de análise crítica-dedutiva) aborda, primeiramente o conceito de soberania. Após, aponta a formação de uma nova sociedade transnacional, na busca por soluções que extrapolam as fronteiras pré-estabelecidas geopoliticamente pelos Estados, exigindo cooperação internacional em novos parâmetros (como governança e regimes internacionais), tendo como problema, portanto, analisar os novos arranjos internacionais formados por processo de interconexão fruto da globalização.

Palavras-chave: Globalização; Soberania; Sociedade Transnacional.

Abstract: Globalization must be treated as a set of interrelated processes in all the existing basic fields (political, economic, social, educational, technological, legal, among others), as it cannot be reduced simply to processes only in the economic sector. Since it encompasses other dimensions of social dynamics, but it is certain that each of these dimensions moves at a different pace. The result of this globalization process is not determined, considering that a new world architecture is under development that, in turn, reduces the power of States at the international level and increases the role of other actors (many of them non-state), such as companies, non-governmental organizations, individuals, mass media vehicles etc., because globalization allows to expand power relations and social activities, intensifying global flows. It is, therefore, the emergence of a new paradigm (a “reform”) for the classic concept of sovereignty (which takes into account only the representation of the governed in their interests and the legitimacy in the execution of actions). In this line of reasoning, this article (based on a bibliographic reference, made through critical-deductive analysis) addresses, at first, the concept of sovereignty. Then, it points to the formation of a new transnational society, in the search for solutions that go beyond the geopolitically pre-established borders by States, requiring international cooperation on new parameters (such as governance and international regimes), having as a problem, therefore, to analyze the new international arrangements formed by the process of interconnection resulting from globalization.

Keywords: Globalization; Sovereignty; Transnational Society.

¹ Professora permanente do Programa de Pós Graduação Stricto Sensu (mestrado e doutorado) e da Graduação da Universidade Católica de Santos. Pós-Doutora pela Universidade Santiago de Compostela/Espanha. Doutora em Direito Ambiental Internacional pela Universidade Católica de Santos.

Introdução

O tema deste artigo refere-se a flexibilização do conceito de soberania moderna diante de um mundo globalizado em que elementos externos (alheios às vontades internas dos Estados) passam a influir nas decisões dos países e, conseqüentemente, na vida do povo, como é o caso das questões que precisam ser solucionadas a nível global (a fim de buscar mecanismos mais inclusivos, resilientes e sustentáveis para as presentes e futuras gerações), que passam a se apresentar cada vez mais frequente e de modo complexo, fazendo com que o conjunto de poderes classicamente exercidos com exclusividade pelo Estado não encontre mais guarida num mundo contemporâneo, em razão de fenômenos da globalização.

Isso porque, a sociedade internacional encontra-se envolvida num processo de interconexão gerado pela globalização cada vez mais intenso. O que passa a gerar um grande embate pela reforma do clássico conceito de soberania, tendo em vista que os processos espontâneos de influência econômica, social e demais dimensões da globalização coloca em crise soluções tradicionais encontradas apenas pelos Estados.

Assim, para manter o mundo nessa nova ordem e arquitetura mundial, os Estados tendem a cooperar com novos atores, abrindo espaços de poder (nacional e internacional) para entes não estatais.

Nesta linha de raciocínio, o presente artigo visa, primeiramente (através de uma análise de referencial bibliográfico, feita por meio de método crítico-dedutivo), abordar o conceito clássico de soberania, para, em seguida, analisar a formação de uma nova sociedade transnacional que exige a busca por soluções fora de padrões pré-estabelecidos por fronteiras geopolíticas, em nível de cooperação internacional para que possam ser mais inclusivas, resilientes e sustentáveis. Dessa forma, o presente artigo tem como problema central a análise da possibilidade de uma nova formatação ao clássico conceito de soberania devido aos arranjos internacionais formados em razão da globalização, que impõem a necessidade de cooperação internacional para solução adequada dos problemas globais.

1. A soberania no contexto de globalização

A soberania pode ser considerada como um dos elementos formadores (e imprescindíveis para a existência) do Estado, entretanto, nas últimas décadas, mesmo diante da essencialidade em realização às demandas nacionais, vem sofrendo adaptações diante de diversos e atuais fenômenos, que colocam em xeque as fronteiras pré-estabelecidas pelos Estados, especialmente quando relacionado à globalização.

É imperativo, portanto, a partir dessa realidade, pensar na necessária desconstrução do clássico conceito e uso convencional do Estado (ainda que durante este período moderno), pois é de se cogitar a superação do conceito de soberania (já bastante antigo) para a admissão de um Direito Transnacional (“desterritorializado e sem uma base física definida, o que é uma das circunstâncias que molda o cenário

transnacional, especialmente porque diz respeito ao aspecto além-fronteira”²), que faz a inclusão de um modelo de cooperação e de solidariedade para a obtenção do consenso e que transcende fronteiras nacionais em todas as normas (reguladoras de atos ou fatos), como, por exemplo, a governança ou os regimes internacionais, que determinam as condutas estatais tanto no plano internacional quando no nacional, pois, a partir das assinaturas dos tratados e/ou compromissos internacionais, há um senso geral de coesão de acolhimento e realização de tais determinações nos respectivos planos nacionais, impondo a admissão da orientação de suas políticas públicas internas a fim de atingir objetivos comuns transfronteiriços (e muitas vezes, intergeracionais, como o Direito Ambiental Internacional).

Dessa forma, é bem claro o papel institucional dos regimes internacionais e da governança, orientados pelas demandas de uma sociedade transnacional e globalizada, com determinados arranjos em prol do consenso na elaboração de esclarecimentos e soluções para questões de importância global, convocando atores não estatais (ONGs, empresas, indivíduos, comunidade científica entre outros) e Estados e Organizações Internacionais (na condição de clássicos sujeitos de Direito Internacional) para a criação de consciência a respeito do direito ao desenvolvimento, dirigindo-se a obter uma visão mais ampla da necessidade de elaboração de estratégias conjuntas sob o ângulo do Direito Internacional sobre temas de importância mundial nas pautas das Agendas (temas estes que tem tornado cada vez mais complexos no decorrer dos anos) na macro organização de esforços internacionais em prol de soluções que extrapolam os clássicos limites fronteiriços impostos geopoliticamente pelos Estados (tanto pelos círculos diplomáticos clássicos, que são formadores de políticas públicas internas, como também pelos círculos paradiplomáticos com mecanismos novos e que agregam novos atores, como a comunidade científica e os veículos de comunicação de massa).

Percebe-se, portanto, que é necessária uma revisão dos conceitos e dos valores pré-estabelecidos para a realização de uma verdadeira transformação no cenário global no que se refere a atuação da soberania clássica dos Estados, sem esquecer que a articulação das ações conjuntas dos entes internacionais tem o potencial de fornecer respostas mais eficientes e inclusivas para as questões de caráter iminentemente global. Isso porque, desde o surgimento da globalização, essa articulação dos Estados em torno de questões cujas respostas devem ser obtidas fora no nível pré-estabelecido pelas fronteiras geopolíticas tem uma atuação (maior e mais eficiente) em questões que extrapolam o âmbito territorial interno e que precisam de decisões baseadas no consenso internacional, pois tais fronteiras não se mostravam suficientes para soluções adequadas, inclusivas, resilientes e sustentáveis. Dessa forma, são decisões para “além da noção de Estado limitada pelos conceitos de território, soberania, povo e ordem de valores”³.

“Não se trata da falta de empenho para regulamentação por parte dos Estados, mas sim, o fato de que estes problemas ocorrem além das fronteiras dos

2 OLIVEIRO, Maurizio; CRUZ, Paulo Márcio. Reflexões sobre o Direito Transnacional. In Revista NEJ – Eletrônica, vol 17, n. 1, p. 18-28. Santa Catarina: Univali, 2012.

3 TEUBNER, Gunther. Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016.

Estados, em processos políticos transnacionais específicos, longe do poder político institucionalizado”.⁴

Os Estados precisam então encontrar respostas num veículo transformador do clássico conceito de soberania, quebrando barreiras antes impostas, para soluções que levam a formação de uma conscientização a respeito de temas de tratamento global e transnacional, bem como que fizessem o papel de palco de discussões e criação de soluções criativas.

É dessa realidade que ganhou (ainda mais) projeção o fenômeno da globalização, transformando-se num novo ente com papel de interlocução entre os Estados, pois auxilia na formação de Agendas, indução de coalizações e serve como arena política, pois permite a veiculação de interesses diversificados nos quais o poder não está mais calcado nas questões das fronteiras pré-estabelecidas, mas na relação de interdependência recíproca conforme a natureza da própria necessidade em discussão.

2. O processo de globalização: novos arranjos internacionais em busca de cooperação

Globalização, de forma bastante modesta, consiste na integração do que acontece no mundo. No sentido mais geral, refere-se à crescente interconexão entre as diferentes partes do mundo num processo que deu origem às formas complexas de interação e interdependência⁵; um fenômeno com características de instantaneidade e velocidade, impulsionada pela redução dos custos e aumento dos fluxos dos transportes e comunicações, bem como a liberação econômica, que enredam os Estados nas dependências de uma sociedade internacional cada vez mais interconectada.

Além disso, possui caráter polissêmico e multidimensional, vez que abrange mais de uma área, como: cultural, política, jurídica, econômica, entre outras (exatamente como ocorre com a governança), o que implica numa transformação da atividade humana e numa reorientação de poder local e/ou nacional para padrões globais⁶.

Dessa forma, a globalização tem claramente encolhido as distâncias e aproximado as pessoas, modificando a ordem social existente até então, e, dando a acontecimentos locais, efeitos em outras partes do mundo e, até mesmo, globais. Por conta disso, não pode ser compreendida apenas como a ampliação das relações sociais, mas sim como a efetiva intensidade de fluxos “de modo que Estados e sociedades ficam cada vez mais inseridos em sistemas mundiais e redes de interação”⁷.

Esta realidade integra o globo numa única problemática e, consequentemente, dá origem a chamada “aldeia global”⁸, onde as fronteiras geográficas sofreram um

⁴ Ibid.

⁵ THOMPSON, John B. A mídia e a modernidade: uma teoria social da mídia. Petrópolis: Vozes, 2014. p. 197.

⁶ PIERIK, Roland. Globalization and Global Governance: A Conceptual Analysis. In HEERE, W. P. Heere (org.). Government to Governance: The Growing Impact of Non-State Actors on the International and European Legal System. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. p. 454/455.

⁷ GONÇALVES, Alcindo. Governança Global e o Direito Internacional Público. In JUBILUT, Liliana Lyra (org.). Direito Internacional Atual. São Paulo: Elsevier, 2014. p. 88.

⁸ MCLUHAN, Marshal. The Gutenberg Galaxy. Canada: University of Toronto Press, 1962.

processo de encolhimento com a ampliação das relações sociais, fazendo com que acontecimentos distantes afetem dinâmicas em outros locais ao redor do globo, ou seja, uma percepção pública de redução de tempo e de espaço geográfico⁹, “de tal sorte que fatos longínquos modelam eventos locais e são por eles modelados”¹⁰, o que cria a possibilidade de novas organizações sociais, reordenação do território, e, insere determinadas comunidades num contexto global.

Diante deste fenômeno, há necessidade de transformação das relações de poder, oriundas (é claro) da soberania estatal. Momento este onde a governança pode ser facilmente identificada, devido a necessidade de cooperação internacional, com o surgimento dos novos atores que passam a ter protagonismo internacional, em nome de uma coexistência social harmoniosa. Trata-se, portanto, da “participação ampliada” visando à solução dos conflitos, mediante a busca de consenso. E que, pela primeira vez, historicamente, tais atores e sujeitos internacionais são desafiados a pensar o mundo como uma verdadeira sociedade global.

“A globalização pode ser lida como fenômeno de constante e cada vez maior fragmentação do todo social. A contínua funcionalização diferenciada da sociedade resulta na desformalização das estruturas jurídicas, novas formas de direcionamento social”¹¹.

Assim, as relações, os processos e as estruturas econômicas, políticas, demográficas, geográficas, históricas, culturais e sociais, que se desenvolvem em escala mundial, adquirem preeminência sobre as relações, processos e estruturas de escala nacional (derivadas da soberania). Por isso, a sociedade global apresenta desafios empíricos, metodológicos, históricos e teóricos que exigem novos conceitos.

Trata-se de uma nova realidade original, ainda desconhecida, e carente de interpretações; um jogo de relações, processos e estruturas, que levou ao debate do clássico conceito de soberania (uma “crise contemporânea”), que significa, de modo simples, o direito de escolher o controle interno, de governar determinado espaço e/ou local e sua respectiva população e, com isso, escolher um sistema governamental e econômico.

Soberania nada mais é do que o poder político ou o governo, entendida aqui como a capacidade de um povo de escolher seus destinos de forma a estabelecer uma validade e eficácia da ordem jurídica num determinado espaço territorial. “É um centro unificador da ordem; um núcleo de vontade, controle e poder do Estado, que dirige a sociedade aos seus fins comuns dentro da ordem”¹².

Esse elemento caracterizador de Estado está comumente relacionado a outros dois: A) o povo: esfera pessoal da validade de uma ordem jurídica nacional; é o elemento pessoal para a constituição e existência do Estado; indivíduos reconhecidos como nacionais (no caso, brasileiros natos ou naturalizados). Vale salientar que, povo (critério qualitativo) não possui o mesmo conceito de população (critério quantitativo). B) território: espaço físico daquele determinado Estado que delimita a ação soberana;

9 HELD, David; MCGREW, Anthony. *Prós e Contras da Globalização*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001. p.13.

10 AMARAL JUNIOR, Alberto. *A solução de controvérsias na OMC*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 23.

11 TEUBNER, Gunther. *Op. cit.*

12 WLOCH, Fabrício; VIZZOTTO, Juliana Nunes. *Globalização e superação da soberania moderna*. In *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, n. 34, p. 82-98. Porto Alegre: UFRGS, 2016.

limite de validade espacial da ordem jurídica nacional.

E, mesmo estas duas ideias vêm sendo ultrapassadas em razão da atual e maior mobilidade das pessoas entre Estados (fenômeno de processos de migração e refúgio), bem como por teorias de desconstrução do Estado, como, por exemplo, a formação de comunidades internacionais que flexibilizam o exercício da cidadania até para os estrangeiros que residem no país, como a União Europeia. Essa visão visa fortalecer as relações comerciais, culturais, políticas e sociais entre os países, o que leva a uma maior flexibilização nas relações comerciais, circulação de pessoas e mercadorias, fluxo de informações etc.

Soberania é, portanto, geralmente entendida como o monopólio de autoridade do Estado sobre um determinado território, demarcado por fronteiras geográficas razoavelmente estabelecidas¹³, sobre um determinado povo ou nacionais; “autoridade de um Estado para ditar ou eliminar normas, manter a ordem e administrar a justiça. Um Estado soberano é aquele que possui autoridade máxima num determinado território e sobre o poder político internacional”.¹⁴ Trata-se, assim, do poder político que administra e dirige com autoridade as finalidades Estatais, pois é dotado de superioridade e independência em relação às demais instituições existentes naquela sociedade estatal, no que se refere à faceta interna (capacidade de organização da sociedade para a obtenção do bem-comum). Enquanto que pode ser observada, ainda, como a dinâmica de manter relações com os demais Estados e membros da sociedade internacional, no caso da soberania em âmbito externo.

Entretanto, há um certo consenso quanto à complexidade do chamado “processo de globalização”, que envolve claramente o imbricamento das economias e a interdependência dos mercados a nível mundial, bem como o crescimento da interferência de outros atores no cenário internacional, através de mecanismos de governança, em questões que eram até então restritas à esfera pública, o que traz desafios para a transformação do papel do Estado frente a essa nova arquitetura mundial, levando a uma possível crise conceitual da soberania.

Assim, à medida que se desenvolve a sociedade internacional, como emblema de um novo paradigma das ciências sociais e como necessidade de conjugação de esforços para soluções de problemas comuns, alguns conceitos e interpretações (antes clássicos) podem tornar-se obsoletos, exigindo reelaboração e articulação com as novas noções suscitadas pela globalização.

Nesse sentido, a soberania, oriunda daquele elemento necessário ao Estado segundo concepção clássica da Teoria do Estado, deve ser repaginada. Com relação à soberania interna (entendida em sentido amplo como “governo” e considerada como elemento constitutivo de Estado, ao lado de território e povo) mantém-se incontestável dentro de determinado território, tendo em vista a necessidade de organização de determinada sociedade para a obtenção do bem comum. Entretanto, há de se reformular o conceito de soberania externa (entendida como poder de relacionamentos em âmbito internacional), tendo em vista que as transformações em

13 SASSEN, Saskia. *Bordering Capabilities versus Borders: Implications for National Borders*. In 30 *Michigan Journal of International Law*. p. 567-597. (2008-2009).

14 FERRER, Walkiria Martinez Heinrich; SILVA, Jacqueline Dias da. *A soberania segundo os clássicos e a crise conceitual na atualidade*. In *Revista Argumentum, Revista de Direito*, n. 3, p. 101-124. Marília: Unimar, 2003.

decorrência dos processos de globalização acarretaram novas necessidades e novos agentes de grande influência internacional, que não dependem intrinsecamente de qualquer atuação estatal (podem ser feitos em conjunto com o Estado, mas, de forma alguma, dependem deste).

Assim, com a nova ordem mundial e consequentes implicações, torna-se necessário reformular o conceito de soberania, principalmente pela transformação do papel do Estado em razão das transformações nas relações internacionais, pois o fenómeno da globalização evidencia a necessidade da cooperação no enfrentamento de determinadas questões de importância global, como exemplo, conservação da diversidade biológica, poluição atmosférica, refugiados, entre outros. Tais problemas, tidos inicialmente como essencialmente locais, mostraram-se ilimitados espacialmente, exigindo uma atuação em conjunto para a solução adequada, inclusiva, resiliente e sustentável.

A ameaça de dano a muitas nações oriundas das alterações climáticas, por exemplo, é um problema grave cuja causa dificilmente poderia ser atribuída a um único Estado. A questão requer um enfoque com base em estratégias de prevenção e adaptação considerados a partir da cooperação internacional. É daí que surge a necessidade de cooperação realizada através da criação e instrumentalização de regimes internacionais (como é o caso do regime das mudanças climáticas), que fogem aos padrões pré-estabelecidos pela soberania clássica.

Percebe-se, portanto, que esse fenómeno desconhece as fronteiras artificiais instituídas entre os Estados (não há necessidade de passaporte nem vistos de permanência para os efeitos perversos da poluição transfronteiriça citada). Por isso que, desde a constituição da ONU, na Carta das Nações Unidas, há destaque para o dever de (e princípio da) cooperação e reconhecimento da interdependência entre os Estados.

Considerações finais

A globalização é “a intensificação de relações sociais (...) de tal maneira, que acontecimentos locais são modelados por eventos ocorridos a muitas milhas de distância e vice-versa”¹⁵. Trata-se de um processo que intensifica as relações para além das fronteiras nacionais, envolvendo o ser humano em todos os contextos de sua vida, intensificando as relações e encurtando as distâncias, de forma a criar uma nova dinâmica económica e política, bem como diminui as distâncias físicas, pois as relações se dão em novos níveis de comunicação, trânsito e transações económicas. Isto provoca reflexos que se manifestam na forma de se ver o Estado clássico e a sua soberania.

Dessa forma, ao responder o problema proposto a este artigo (ainda na sua introdução, qual seja: a possibilidade de uma nova formatação ao clássico conceito de soberania devido aos arranjos internacionais formados em razão da globalização, que impõem a necessidade de cooperação internacional para solução adequada dos

15 GIDDENS, Anthony. A terceira via. Tradução de Maria Luiza X. De A. Borges. 3. Tiragem. Rio de Janeiro: Record, 2000. p. 38.

problemas globais), percebe-se que as transformações decorrentes da globalização podem ser encaradas como uma ruptura ou uma abertura a um novo ciclo de mudanças nas políticas das relações internacionais ou nos clássicos conceitos de poder do Direito Internacional.

Isso porque, as características da globalização vêm flexibilizando a soberania, apesar de o território continuar existindo sob a regência de normas públicas da alçada nacional, pois as forças mais ativas do seu dinamismo atual têm origem externa¹⁶. Ou seja, provoca novos tipos de fronteiras, que exigem atuação por cooperação internacional, pois, como os problemas sociais aumentam em proporções preocupantes, os Estados já não são mais capazes de oferecer respostas satisfativas para a complexidade de tais demandas transnacionais, como é o caso da crise dos refugiados ou a alteração das mudanças climáticas.

Dessa realidade, nasce um novo dever de cooperação internacional para reconhecer a disparidade entre os Estados, no que se refere à capacidade de aplicarem os padrões internacionalmente acordados a respeito destes temas de importância global, abordados pelos regimes internacionais, porque é constatado que tais questões não podem mais ser enfrentadas de modo isolado. Dessa forma, diante da flexibilização da soberania e dos processos de globalização, elementos externos passam a influir diretamente nas decisões internas dos países e, conseqüentemente, na vida do povo.

Daí, a necessidade de discussão de determinadas questões acima de fronteiras e desvinculada da delimitação precisa do âmbito territorial ou de soberania. Entretanto, ainda há muito a ser debatido sobre as formas e condições inéditas de ocupação do espaço público e do ativismo político transnacional diante da superação do conceito clássico da soberania.

Referências bibliográficas

AMARAL JUNIOR, Alberto. A solução de controvérsias na OMC. São Paulo: Atlas, 2008.

FERRER, Walkiria Martinez Heinrich; SILVA, Jacqueline Dias da. A soberania segundo os clássicos e a crise conceitual na atualidade. In Revista Argumentum, Revista de Direito, n. 3, p. 101-124. Marília: Unimar, 2003.

GIDDENS, Anthony. A terceira via. Tradução de Maria Luiza X. De A. Borges. 3. Tiragem. Rio de Janeiro: Record, 2000. p. 38.

GONÇALVES, Alcindo. Governança Global e o Direito Internacional Público. In JUBILUT, Liliana Lyra (org). Direito Internacional Atual. São Paulo: Elsevier, 2014.

HELD, David; MCGREW, Anthony. Prós e Contras da Globalização. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

MCLUHAN, Marshal. The Gutenberg Galaxy. Canada: University of Toronto Press, 1962.

¹⁶ SASSEN, Saskia. Op. cit., p. 567.

PIERIK, Roland. Globalization and Global Governance: A Conceptual Analysis. In HEERE, W. P. Heere (org.). Government to Governance: The Growing Impact of Non-State Actors on the International and European Legal System. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

OLIVEIRO, Maurizio; CRUZ, Paulo Márcio. Reflexões sobre o Direito Transnacional. In Revista NEJ – Eletrônica, vol 17, n. 1, p. 18-28. Santa Catarina: Univali, 2012.

SASSEN, Saskia. Bordering Capabilities versus Borders: Implications for National Borders. In 30 Michigan Journal of International Law. p. 567-597. (2008-2009).

TEUBNER, Gunther. Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016.

THOMPSON, John B. A mídia e a modernidade: uma teoria social da mídia. Petrópolis: Vozes, 2014.

WLOCH, Fabrício; VIZZOTTO, Juliana Nunes. Globalização e superação da soberania moderna. In Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, n. 34, p. 82-98. Porto Alegre: UFRGS, 2016.

A concepção crítica dos direitos humanos refletida no campo contratual

Human Rights critical concepts reflected on contracts

Janaina Pereira Antunes¹

Sumário: 1. A concepção crítica dos Direitos Humanos, a partir de Joaquín Herrera Flores e Costas Douzinas; 2. Compliance e governança corporativa de Direitos Humanos em contratos; 3. Algumas situações; 4. Considerações Finais.

Resumo: O presente trabalho apresenta reflexões iniciais a respeito da teoria crítica dos Direitos Humanos, com os pensadores Joaquín Herrera Flores e Costas Douzinas. De Herrera Flores, destaque-se o argumento a respeito da necessária dimensão de responsabilização coletiva em prol dos Direitos Humanos, numa aceção desses mesmos direitos como “processos de luta pela dignidade humana”, compreendendo camadas política, cultural e social. De Costas Douzinas, destaque-se os paradoxos da realidade desses direitos, em sistema capitalista. O presente paper caracteriza-se inicialmente, portanto, como um estudo doutrinário. Após o delineamento e análise da moldura dos Direitos Humanos a partir da concepção crítica, percebe-se que lutas jurídicas podem aliar-se a lutas sociais. Neste sentido, pretende-se a assimilação de tais reflexões ao campo dos contratos, a partir de políticas de compliance e governança corporativa, a fim de que Direitos Humanos irradiados de tais acordos jurídicos possam ser incorporados, de fato, aos patrimônios de seus titulares, ultrapassando o campo meramente formal de tais instrumentos. Procura-se abordar situações concretas de contratos ligadas a proteções de Direitos Humanos, tornando claro que o microsistema de um contrato pode representar significativo espaço de cumprimento de tais direitos. A hipercompetitividade e hiperindividualização da sociedade capitalista enfraquecem um senso de responsabilidades coletivas, e acentuam a urgência de reflexões e ações sobre o futuro dos Direitos Humanos na arena global.

Palavras-chave: Teoria Crítica dos Direitos Humanos; Contratos; Compliance e Governança Corporativa.

Abstract: This paper aims to present reflections related to Human Rights critical theory, from the perspective of Joaquín Herrera Flores and Costas Douzinas. From Herrera Flores concepts, we would like to point out the lesson related to mandatory collective accountability on behalf of Human Rights, taking it as “struggle processes for human dignity”, which include political, social and cultural perspectives. From Costas Douzinas, it is crucial to call attention to the reflection related to the paradoxes of Human Rights in capitalist scenario. Considering this first part, you can use it as a doctrinal study. After the analysis, perceive that it is possible to combine social struggle with law work in Human Rights fields. In this sense, contracts should adopt the mentioned critical review as a premise related to Human Rights. Each contract is a microsystem; it can represent an important area to accomplish Human Rights, based on compliance and corporate governance policies focused on each specific case. We point out examples in order to help this understanding. Hypercompetitiveness and hyper-individualization, current elements of capitalist society, weaken collective accountability sense; thus, it is urgent to reflect and act in regards to Human Rights future.

Keywords: Human Rights Critical Theory; Contracts; Compliance and Corporate Governance policies.

¹ Advogada. Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pelo PPGSD da Universidade Federal Fluminense (UFF). Pós-graduação em Direitos Humanos pelo IGC da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Pós-graduação lato sensu (Curso de Especialização) em Direito Privado pela Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense. E-mail: janaantunes@gmail.com

1. A concepção crítica dos Direitos Humanos

Herrera Flores aponta uma idealização do aspecto jurídico dos Direitos Humanos, em nossos tempos, com a proposição constante de textos e convenções, inobstante as violações corriqueiras desses mesmos direitos, em grande escala. Sua proposta é construir uma “teoria realista e crítica” dos direitos que não fique encerrada atrás das grades da jaula de ferro da teoria tradicional”². O pensador inverte a estrutura apresentada pela teoria tradicional: “o problema não é de como um direito se transforma em direito humano, mas sim como um “direito humano” consegue se transformar em direito”³. No centro da problemática, os bens relacionados aos direitos condizentes com uma vida digna.

Vejamos:

(...) Uma constituição ou um tratado internacional não criam direitos humanos. Admitir que o direito cria direito significa cair na falácia do positivismo mais retrógrado que não sai de seu próprio círculo vicioso. Daí que, para nós, o problema não é de como um direito se transforma em direito humano, mas sim como um “direito humano” consegue se transformar em direito, ou seja, como consegue obter a garantia jurídica para sua melhor implantação e efetividade. Os direitos humanos são uma convenção cultural que utilizamos para introduzir uma tensão entre os direitos reconhecidos e as práticas sociais que buscam tanto seu reconhecimento positivado como outra forma de reconhecimento ou outro procedimento que garanta algo que é, ao mesmo tempo, exterior e interior a tais normas. Exterior, pois as constituições e tratados “reconhecem” – evidentemente não de um modo neutro nem apolítico – os resultados das lutas sociais que se dão fora do direito, com o objetivo de conseguir um acesso igualitário e não hierarquizado “a priori” aos bens necessários para se viver. Interior, porque essas normas podem dotar tais resultados de certos níveis de garantias para reforçar o seu cumprimento (certamente não de um modo neutro nem à margem das relações de forças que constituem o campo político).

Por isso, nós não começamos pelos “direitos”, mas sim pelos “bens” exigíveis para se viver com dignidade: expressão, convicção religiosa, educação, moradia, trabalho, meio ambiente, cidadania, alimentação sadia, tempo para o lazer e formação, patrimônio histórico-artístico, etc. Prestemos muita atenção, estamos diante de bens que satisfazem necessidades, e não de um modo “a priori” perante direitos. Os direitos virão depois das lutas pelo acesso aos bens. Algumas vezes essas lutas poderão se apoiar em sistemas de garantias já formalizados (e aí a luta jurídica se une à luta social de um modo importante¹⁴), mas, outras vezes, as lutas não poderão se apoiar em uma norma e se situar em planos de “alegalidade” (veja-se o caso das práticas sociais para acolher, proteger e promover as migrações no contexto europeu¹⁵). As normas jurídicas resultantes nos servirão para garantir – como dissemos, de um modo não neutro – um determinado acesso a tais bens. Daí sua importância. Porém, daí também seu caráter instrumental e seu apego aos interesses e às expectativas de quem ostenta a hegemonia na sociedade de que se trate.⁴

Para o autor, Direitos Humanos precisam ser compreendidos dentro de uma moldura que abarque as perspectivas política, social e cultural. Nesse sentido, além da forte tinta política, configuram dinâmicas sociais que buscam a construção de certas condições materiais e imateriais necessárias para se viver; e, do mesmo modo, “processos de luta pela dignidade humana” que trazem, em sua essência, um elemento cultural.

I – Inicialmente, e de modo resumido, os direitos humanos exigem a instituição ou posta em marcha de processos de luta pela dignidade humana. Dessa definição resumida, destacamos a “especificação cultural/histórica dos direitos”: eles não são algo dado, nem estão garantidos por algum “bem moral”, alguma “esfera

2 HERRERA FLORES, Joaquín. A reinvenção dos direitos humanos. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009. P. 54.

3 Ibid., p. 28.

4 Ibid., p. 28-29.

transcendental” ou por algum “fundamento originário ou teleológico”. São produtos culturais que instituem ou criam as condições necessárias para implementar um sentido político forte de liberdade (oposto à condição restritiva da liberdade como autonomia: minha liberdade termina quando começa a sua). Desse ponto de vista, minha liberdade (de reação cultural) começa onde começa a liberdade dos demais; por isso não tenho mais remédio que me comprometer e me responsabilizar – como ser humano que exige a construção de espaços de relação com os outros – com a criação de condições que permitam a todas e a todos “pôr em marcha” contínua e renovadamente “caminhos próprios de dignidade”. ⁵

Por outro lado, mister citar que o pensador relaciona a temática dos Direitos Humanos com a figura do “diamante ético”, posto que o diamante representa algo não estático, e que apresenta três camadas em constante conexão e interrelação – sua transposição para o campo dos Direitos Humanos dá-se pela “indiscutível interdependência entre os múltiplos componentes que definem os direitos humanos no mundo contemporâneo” ⁶. Conforme Flores:

O objetivo, portanto, dessa imagem metodológica se baseia na ideia de que tanto a dignidade humana como os direitos não são elementos isolados e, também, não são dados com antecedência, mas sim construídos passo a passo pela própria comunidade ou grupo afetado, o que lhes outorga um caráter de direitos em movimento que se podem gerar e revisar através da metodologia que se propõe.

O que nos resta é, então, relacionar cada ponto com um dos conceitos ou elementos que constituem o marco de análise em uma figura mais complexa (o diamante ético). Com isso, pretendemos que a cidadania forme uma imagem múltipla que permita visualizar a pluralidade de suas causas, seus processos e seus resultados. Do mesmo modo, devemos admitir que falar de dignidade não é referir-se a algo abstrato ou metafísico, mas sim às possibilidades ou obstáculos que temos na hora do acesso (igualitário ou desigual) aos bens materiais e imateriais. ⁷

Não é descartado o aspecto eventualmente jurídico dos Direitos Humanos, quando já garantidos formalmente em Constituições, legislações nacionais e tratados internacionais; porém, tal aspecto deve ser colocado na devida moldura: a luta jurídica pode aliar-se à luta social e política.

Nesta moldura complexa e real dos Direitos Humanos, mister recorrer, também, às reflexões propostas por Costas Douzinas. De sua obra “O fim dos direitos humanos”, destaque-se: (i) a repetida lição de uma suposta universalidade dos direitos humanos, inobstante o fato concreto de uma pluralidade de situações, e a ilusão a respeito de um “ser humano abstrato” que pudesse condensar e representar todo ser; (ii) a hiper positivação de tais direitos, podendo levar a uma falsa ideia de “finalidade atingida” (considerando todas as violações de direitos humanos, inclusive do próprio Estado como cumpridor de direitos humanos); (iii) antagonismos dos Direitos Humanos dentro de um sistema capitalista: o próprio sistema no qual florescem direitos é aquele que tem, em sua essência, a exploração do homem pelo homem, e a legitimação de

⁵ Ibid., p. 108.

⁶ Ibid., p. 113.

⁷ Ibid., p. 117.

uma pluralidade de situações de pessoas vivendo abaixo de parâmetros mínimos de dignidade.

Em seu artigo “Os Paradoxos dos Direitos Humanos”, ao oferecer uma ontologia alternativa, Costas Douzinas apresenta a seguinte tese:

Os direitos são o terreno no qual as pessoas são distribuídas em legisladores, legislados e excluídos. O modo de operação do poder é revelado, se nós observarmos o que as pessoas recebem ou do que elas são privadas, e quais direitos num determinado lugar ou tempo. Nesse sentido, os direitos humanos têm apenas paradoxos a oferecer. Marx foi o primeiro a perceber esse paradoxo. Os direitos naturais surgiram como um símbolo da emancipação universal, mas eram ao mesmo tempo uma arma poderosa nas mãos da classe capitalista em ascensão, instituições assegurando e naturalizando relações sociais e econômicas dominantes. Eles foram usados para retirar do desafio político as instituições centrais do capitalismo, como a propriedade, as relações contratuais, a família, a religião e, dessa forma, proporcionar a melhor proteção possível. Ideologias, interesses privados e interesses egoístas parecem naturais e normais no âmbito do bem comum, quando encobertos pelo vocabulário dos direitos.⁸

A teoria crítica dos Direitos Humanos, a partir das lições de Herrera Flores e Costas Douzinas, traz outras bases de compreensão acerca desses mesmos direitos e, nesse sentido, impõe uma obrigatória inquietação a respeito de sua realidade, levando-nos a uma necessária indagação sobre todos os espaços de lutas possíveis nesse campo. Ademais, a hipercompetitividade⁹ e hiperindividualização da sociedade capitalista¹⁰ acentuam a urgência de reflexões e ações sobre o futuro dos Direitos Humanos na arena global, o que inclui o próprio campo jurídico.

2. Contratos e Governança Corporativa em Direitos Humanos

Da leitura dos teóricos críticos Herrera Flores e Costas Douzinas, é possível afirmar que a existência do macrossistema formal relacionado a Direitos Humanos, da arena global a diversas realidades nacionais, não pode ser considerado suficiente ou um fim em si mesmo. Objeto de constantes violações e de paradoxos, o ideário de Direitos Humanos exige uma compreensão que não se restringe a aspectos jurídicos, devendo incorporar lições de cunho filosófico, político e cultural, além de um tipo de disposição social para ações concretas.

Nesse sentido, e tomando como base as reflexões apresentadas no tópico anterior, o presente trabalho pretende argumentar que, ao tratar-se do futuro dos Direitos Humanos na arena global, o campo jurídico contratual deve representar um espaço de luta concreta pela efetivação de tais direitos, com a incorporação dessa temática como dever contratual ao lado de um sistema de gestão específico, caso a caso.

⁸ COSTAS DOUZINAS. Os Paradoxos dos Direitos Humanos, tradução de Caius Brandão, 2011. P. 09-10. Disponível em <https://files.cercomp.ufg.br/weby/up/106/o/ConferenciaAberturax.pdf?1350490879>. Acesso em 21/12/2020.

⁹ Conforme Michael Sandels em “A Tirania do Mérito”.

¹⁰ Conforme Zygmunt Bauman em “A Sociedade Individualizada”.

A mera inclusão de cláusulas formais declarativas de que as partes cumprem o rol de Direitos Humanos correspondentes ao contrato não geram seu cumprimento, por si só. Por outro lado, a formalização de cláusulas relativas a políticas de responsabilidades quanto a temas sensíveis relacionados a Direitos Humanos, com adoção de códigos de conduta, sistemas de gestão e canais anônimos para denúncias e respostas, não conduzem, obrigatoriamente, a situações protetivas.

Portanto, o que se propõe, no presente trabalho, é a adoção de política de compliance e de governança corporativa para cada caso concreto, ou seja, levando em consideração o microssistema de cada contrato, com certificação e controle de responsabilidades, prestação de contas e gestão de risco ao longo da relação contratual, por parte de uma atuação efetiva e conjunta de gestores e advogados.

Propõe-se, por ora, o exame de algumas situações.

Contratos de prestações de serviços são um campo fértil para uma política de compliance em Direitos Humanos, tanto pela pluralidade de atividades quanto de pessoas envolvidas nas devidas prestações. Considere-se um ajuste para serviços de limpeza: é muito comum encontrar situações de trabalhadores em um tipo de esforço repetitivo que, após o decurso de anos, acaba por gerar lesões físicas e de saúde, com consequentes encaminhamentos para a Previdência Social em virtude de doença de trabalho, com necessidade de licença ou de aposentadoria precoce. Um programa de efetivo compliance e controle em Direitos Humanos consignaria algumas previsões que pudessem preservar a saúde do(a) trabalhador(a), para que o(a) mesmo(a) pudesse preservar sua saúde e, desta forma, desenvolver suas capacidades, desejos e afetos em sua vida. Por meio deste exemplo, podemos destacar os direitos à saúde, ao trabalho digno e a um futuro com dignidade; a governança corporativa aqui proposta adotaria condutas para garantia de tais Direitos Humanos no patrimônio jurídico do trabalhador. Nesse sentido, ações preventivas poderiam ser tomadas: ginástica laboral regular, intervalos reais ao longo da jornada e consultas médicas para controle da saúde físico em frequência superior ao exame anual (de acordo com a legislação brasileira). Haveria, portanto, mais chances de preservação de sua saúde, mobilidade e possibilidades na vida, sem uma limitação evitável.

Considere-se, agora, um contrato de prestação de serviços de segurança privada, no qual pode ocorrer a abordagem de pessoas – a forma com que a mesma é conduzida pode revelar-se garantidora ou, ao contrário, violadora de Direitos Humanos. Um programa de efetivo compliance e controle em Direitos Humanos, como adoção de práticas antirracistas, com treinamentos e auditorias, pode evitar discriminações raciais.

Tome-se como um terceiro exemplo contratos que contemplem serviços desempenhados por mulheres a determinado público. Um programa de efetivo compliance e controle em Direitos Humanos traria disposições sobre canais de comunicação e suporte em caso de assédio.

Já é comum encontrar contratos com política de compliance com relação a temas como corrupção e dados pessoais; na temática dos Direitos Humanos, entretanto, tem-se um campo a ser trabalhado.

Desta forma, a partir dos elementos específicos de cada caso, é possível lidar de

maneira um tanto mais realista e garantista quanto à efetiva incorporação de Direitos Humanos no patrimônio de seus titulares. Impõe-se o inconformismo com a análise meramente no plano formal, geral e ilusório, por tantas vezes; pretende-se ir ao microssistema de cada contrato e enfrentar o problema do cumprimento dos direitos em tela a partir de um trabalho preventivo, reduzindo-se sobremaneira a necessidade de ações judiciais para recomposição de um estado de direitos lesionados – ou, ainda mais grave, o alijamento desses direitos.

3. Considerações Finais

Diante do quadro fático dos Direitos Humanos na arena global, torna-se imperioso o questionamento sobre seu futuro levando em conta as reflexões trazidas pela concepção crítica dos Direitos Humanos. A positivação formal de tais direitos não é um fim em si mesma; tampouco representa uma efetiva incorporação ao patrimônio de seus titulares. Joaquín Herrera Flores leva-nos a uma compreensão de tais direitos como “processos de luta pela dignidade humana”¹¹, que trazem uma complexidade e são experimentados de modos absolutamente diferenciados, a depender do status do titular de direitos.

Sob a perspectiva macro, ações em diversos campos revelam-se necessárias, tais como políticas públicas, proposições legislativas para transformação de estruturas pré-determinadas, campanhas nacionais de largo alcance, atuações nacionais e conjuntas de movimentos civis, Universidades.

Outras ações, entretanto, mostram-se possíveis, diante da própria capilaridade do sistema e, mais do que isso, do ideário de Direitos Humanos. E, neste sentido, o presente trabalho pretendeu argumentar que o campo jurídico de contratos também deve representar um espaço de luta concreta pela efetivação dos Direitos Humanos, aliando-se à luta social: deve-se adotar governança corporativa para cada contrato, caso a caso, exigindo-se a necessária accountability com relação aos Direitos Humanos em jogo.

Em adição à exposição teórica e propositiva, de experiência profissional e observação empírica, é possível asseverar que cláusulas formais e códigos de conduta genéricos não são suficientes. A dignidade humana, mais do que algum tipo de “frase de efeito”, trata-se da linha mestra do ideário de Direitos Humanos e deve, de fato, ter contornos materiais e reais, com atuação de advogados(as) e gestores(as).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAUMAN, Zygmunt. *A sociedade individualizada: vidas contadas e histórias vividas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008.

_____, *Vidas desperdiçadas*. Rio de Janeiro: Zahar, 2005.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, 13^a reimp.

CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 5.ed. Rio de

¹¹ HERRERA FLORES, Joaquín. Op. Cit., p. 108.

Janeiro: Ed. Civilização Brasileira, 2004.

COMPARATO, Fabio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. 12.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

COSTAS DOUZINAS. O fim dos direitos humanos. São Leopoldo: Unisinos, 2009

_____, Os Paradoxos dos Direitos Humanos, tradução de Caius Brandão, 2011. P. 09-10. Acesso em 21/12/2020. Disponível em <https://files.cercomp.ufg.br/weby/up/106/o/ConferenciaAberturax.pdf?1350490879>

_____, CONOR GEARTY (Org.). The Meaning of Rights. UK, Cambridge University Press, 2014.

ESCOREL, Sarah. Vidas ao Léu: trajetórias de exclusão social. RJ: Editora Fiocruz, 1999.

HERRERA FLORES, Joaquín. A reinvenção dos direitos humanos. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

HONNETH, Axel. Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais. 2.ed. SP: Ed. 34, 2009 (1a reimp.).

HOOKS, Bell. Teoria feminista: da margem ao centro. São Paulo: Perspectiva, 2019.

_____. O feminismo é para todo mundo: políticas arrebatadoras. 4.ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 2019.

HUNT, Lynn. A invenção dos direitos humanos. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

KILOMBA, Grada. Memórias da plantação-Episódios de racismo cotidiano. 1. ed. Rio de Janeiro: Cobogó, 2019, 2a. reimpressão (2020).

KYMLICKA, Will. Filosofia política contemporânea. SP: Martins Fontes, 2006.

LUGONES, María. Colonialidade e gênero. In: Pensamento feminista hoje: perspectivas decoloniais, Heloisa Buarque de Hollanda (Org.). 1.ed. Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2020. P. 52-83.

MOREIRA, Adilson José. O que é discriminação? Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito: Justificando, 2017.

MOYN, Samuel. The last utopia: human rights in history. First Belknap Press of Harvard University Press paperback edition, 2012.

PIKETTY, Thomas. A economia da desigualdade 1. ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2015.

PIRES, Thula Rafaela de Oliveira. Por uma concepção amefricana dos direitos humanos. In: Pensamento feminista hoje: perspectivas decoloniais, Heloisa Buarque de Hollanda (Org.). 1.ed. Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2020. P. 298-318.

SANDEL, Michael. A tirania do mérito: o que aconteceu com o bem comum? 1.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2020.

Afrofuturismo como hipótese de revisão jurídica

Afrofuturism as a hypothesis of legal review

Marco Túlio Corraide¹

Sumário: 1. Introdução; 2. O nascimento do “outro”; 3. O direito colonizado; 4. Do passado ao (afro) futuro; Considerações Finais.

Resumo: Observando a realidade que nos permeia e as narrativas que nos são contadas diariamente, a mera possibilidade de se pensar em um futuro que seja diferente daquilo que conhecemos é um ato político revolucionário. O afrofuturismo propõe esse deslocamento de pensar, um amanhã onde que pessoas pretas tenham seus direitos preservados, possibilitando assim que todas as ferramentas de manutenção dessa estrutura como conhecemos, por exemplo o Direito, possam ser alteradas. Em oposição a uma noção branqueada para uma ideia de futuro, em uma abstração do que ocorreu no período colonizador, pensando a tecnologia como algo que poderia nivelar os diferentes patamares sociais entre raças, o afrofuturismo foca nas relações sociais interpessoais, não no apagamento de características individuais, mas sim pelo seu reconhecimento. Enquanto se visualiza um futuro desconexo do seu passado, o afrofuturismo bebe das raízes das suas ancestralidades e aposta no discurso diaspórico para localizar e reconhecer a negritude. De metodologia jurídico-sociológica, de forma descritiva, o objetivo desse artigo é pensar no Afrofuturismo como uma mudança de pensar do judiciário brasileiro que constantemente repete preceitos universalistas excludentes. Para isso é trabalhado a figura do “outro”, exemplificando então como o Direito é um instrumento colonial e por fim apresentando o afrofuturismo como uma proposta de mudança desses efeitos coloniais. Conclui-se que é necessário urgentemente uma mudança de paradigmas epistemológicos para repensar nossas estruturas de poder que afetam a sociedade. O Afrofuturismo, aplicada sua teoria de forma a contrapor os resquícios coloniais, pode ser uma opção para alterar esse status quo que conhecemos.

Palavras-chave: Justiça; Colonialidade; Raça; Afrofuturismo

Abstract: Observing the reality that permeates us and the narratives that are told to us daily, the mere possibility of thinking about a future that is different from what we know is a revolutionary political act. Afrofuturism proposes this shift in thinking, a tomorrow where black people have their rights preserved, thus enabling all the tools for maintaining this structure as we know it, for example Law, can be changed. In opposition to a whiteness notion for an idea of the future, in an abstraction of what occurred in the colonizing period, thinking of technology as something that could level the different social levels between races, Afrofuturism focuses on interpersonal social relations, not on the erasure of characteristics individuals, but for their recognition. While visualizing a disconnected future from its past, Afrofuturism drinks from the roots of its ancestry and bets on diasporic discourse to locate and recognize blackness. With a juridical-sociological methodology, in a descriptive way, the objective of this article is to think of Afrofuturism as a change of thinking in the Brazilian judiciary that constantly repeats excluding universalist precepts. For that, the figure of the “other” is worked, exemplifying then how the Law is a colonial instrument and finally presenting Afrofuturism as a proposal to change these colonial effects. We conclude that there is an urgent need for a change in epistemological paradigms to rethink our power structures that affect society. Afrofuturism, applied its theory in order to counter colonial remnants, can be an option to change this status quo that we know.

Keywords: Justice; Colonialism; Race; Afrofuturism

¹ Mestrando em Direito no programa de pós-graduação Novos Direitos, Novos Sujeitos da Universidade Federal de Ouro Preto. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto. Membro do grupo de pesquisa RESSABER - Grupo de Estudos em Saberes Decoloniais. Advogado. email: corraide@me.com

1. Introdução

O Brasil desenvolveu políticas públicas, como o incentivo a imigração de pessoas vindas de regiões associadas aos fenótipos branco², intencionado a apagar a negritude de sua narrativa histórica. Esse mesmo país, utilizando dessas ferramentas de invisibilização, conseguiu alcançar o resultado até então desejado, o estabelecimento de uma pauta necropolítica³, a criação de uma persona protagonista branca, que obviamente reproduz os preceitos modernos universalistas europeus os quais foram perpetuados desde os períodos coloniais.

A proposta do artigo é ressignificar os resultados do processo de colonização, em um recorte racial, que transformou mulheres e homens pretos na figura do “outro”, influenciando diretamente nas narrativas jurídicas, por meio da teoria afrofuturista. De um passado de subalternidade se pensa então em um futuro que pessoas pretas existam e sobrevivam desfrutando de todos os seus direitos fundamentais.

De carácter jurídico-sociológico em um primeiro momento se constrói o pensamento da criação da figura do “outro” devido o processo de colonização, em seguida é demonstrando como o Direito é uma ferramenta que ainda emana colonialidade do poder, do saber e do ser e por fim é apresentado o afrofuturismo como uma proposta de mudança desses efeitos coloniais, realocando a negritude para uma posição de humanização, direitos e possibilidades.

2. O nascimento do “outro”

Raça foi o primeiro marcador dos processos coloniais baseado na razão de separar, de permitir que houvesse uma distinção para que fosse possível limitar “nós” e os “outros”. (QUIJANO, 2005b). O processo de colonização, caracterizado pela dominação, pela exploração e pelo conflito, afetou as esferas do trabalho, do sexo, da autoridade e das subjetividades desses corpos menosprezados (QUIJANO, 2002). Tais relações entre escravizados e colonizadores provinham associadas de hierarquias, lugares e papéis sociais (QUIJANO, 2000) que redesignaram as subjetividades das pessoas pretas para uma posição a qual não foi reservada nenhum outro grupo colonizado⁴. Ao se colocarem como “nós” os colonizadores retiravam qualquer humanidade ainda pertencente aquelas pessoas, as transformando em meros objetos.

O conquistador é o primeiro homem moderno que impõe sua “individualidade”

2 Houve também o incentivo para a imigração de pessoas de fenótipo amarelo, provindos de regiões asiáticas, mas devido as percepções de como essas pessoas também não alcançam o status político que é reservado àqueles brancos e branqueados na pirâmide social da nossa coletividade, foi decidido por não se assemelhar brancos e amarelos. Para entender melhor a relação entre o Brasil e a imigração asiática ler: KAWANO, Carmen. As comunidades de origem japonesa—para entender os anglicanos japoneses e seus descendentes no Brasil. Inclusividade, ano VIII, julho de, 2009

3 Para entender melhor o termo necropolítica, ler: MBEMBE, Achille. Necropolítica. Melusina, 2020.

4 Para o afropessimismo, as pessoas pretas sofreram (e sofrem) por meio de elementos das estruturas de poder que eram completamente diferentes da forma que essas estruturas atingiam e controlavam outros grupos étnicos-raciais como ameríndios e outros povos originários. Não existiria então a possibilidade de comparar com que as pessoas pretas foram submetidas. Para entender mais sobre afropessimismo ler: WILDERSON, Frank. Afropessimism. Liveright Publishing, 2020.

de forma brutal ao “outro” (DUSSEL, 1993). Pensar no lugar do “outro” é muito maior do que pensar numa simples dualidade, numa ideia apaziguadora de posição de contraste entre grupos. O “outro” não é apenas o outro, é algo - porque nem humano é considerado - pior, sujo, que não merece nenhum direito já que ele não possui as características do colonizador.

Se observa então um cenário de raça superior, que insistia, e até hoje mantêm, os brancos e aqueles branqueados como superiores (CORONIL, 2005).

O “outro” nasce de uma criação de perfis de subjetividade pelos Europeus. Um ocultamento da percepção ontológica daqueles que se diferem, isso no campo cultural, religioso, estético, e em meio a dominação que o subalterna. É perpetuado um “processo de civilização”, do falar, do agir, entre outros aspectos, que serve apenas para que seja possível distinguir, de maneira objetiva, quem é o colonizador e quem é o colonizado, a ralé. Para se ter o Europeu, aquele que é o herói da narrativa, necessariamente deve ser construir a figura daquele que é o inimigo (CASTRO-GÓMEZ, 2005).

O colonizado aparece assim como o “outro da razão”, o que justifica o exercício de um poder disciplinar por parte do colonizador. A maldade, a barbárie e a incontinência são marcas “identitárias” do colonizado, enquanto que a bondade, a civilização e a racionalidade são próprias do colonizador. Ambas as identidades se encontram em relação de exterioridade e se excluem mutuamente. A comunicação entre elas não pode dar-se no âmbito da cultura –pois seus códigos são impenetráveis– mas no âmbito da Realpolitik ditada pelo poder colonial. Uma política “justa” será aquela que, mediante a implementação de mecanismos jurídicos e disciplinares, tente civilizar o colonizado através de sua completa ocidentalização. (CASTRO-GÓMEZ, 2005, p. 83) (Grifo nosso)

Ao posicionar o “outro” eu lido com uma lógica de exclusão. Raça é uma maneira de outorgar legitimidade às relações de poder em relação aqueles que estão às margens (QUIJANO, 2005).

O Direito poderia ser uma forma de tentar resgatar essas personas marginalizadas, mas repete os movimentos do passado, parecendo esquecer tudo aquilo que já foi relatado e novamente se posicionando ao lado de uma modernidade falaciosa construída pelo colonizador. O norte geopolítico se mantém então como detentor de um direito absoluto, portador de todo o conhecimento e certeza que o “outro” não tem direito.

3. O Direito colonizado

O Direito é uma forma de narrativa. “Do mesmo modo que outras narrativas culturais, decisões judiciais também são estruturadas a partir de discursos que atribuem sentidos a fatos e normas.” (MOREIRA, 2017, p. 834). A partir de alguma decisão judicial é possível enviesar não só as próximas decisões de outros membros do judiciário, mas também da população em geral.

Todo o processo de colonização já mencionado limita todo o discurso ao eurocentrismo, a um espaço de exercício das diretrizes colonizadoras: patriarcal,

capitalista e branca. Os apontamentos fenotípicos que diferenciavam os “outro” personificava quem é reconhecido como sujeito de direitos.

O Direito Moderno condiciona seu sistema de justiça nessa concepção de “nós” e “outros”, fazendo questão de posicionar as pessoas pretas no base de uma pirâmide de valoração ontológica a partir de falácias de neutralidade e igualdade formal. (CASTRO, 2018).

Os princípios doutrinários brasileiros provenientes da Europa e da América do Norte ignoram a realidade racial do Brasil. O texto da Constituição Federal de 1988 propõe a proteção do bem-estar, de uma vida digna, de direitos individuais da figura de um homem que nasce do ideal universal, europeu, neutro (LIMA; KOSOP, 2019). Nasce de uma posição de “pessoas sem cor”, que se alimenta de uma mentira como a democracia racial.

A não observação da negritude como aqueles passíveis de cidadania, impossibilitados aos olhos de uma Constituição que não os enxerga como sujeitos, é desenvolvido por um projeto moderno de governabilidade. “A aquisição da cidadania é, então, um funil pelo qual só passarão aquelas pessoas cujo perfil se ajuste ao tipo de sujeito requerido pelo projeto da modernidade: homem, branco [...]” (CASTRO-GÓMEZ, 2005, p. 81).

É necessário então repensar esse sujeito de direitos que é o núcleo axiológico de proteção do direito brasileiro. Enquanto o Direito se configura como elemento em constante mutação perante as relações sociais ele deve ser pensado então de fato na composição da nossa sociedade (ALBUQUERQUE, 2003). Se desvincular de amarras coloniais e abrir um leque de identidades quando se trata do ser. É necessário reconhecer as desigualdades nas relações sociais para que seja possível eliminá-las (SOUSA JUNIOR; FONSECA, 2017). Enquanto pessoas pretas ainda forem consideradas “o outro” o Direito ainda vai se manter

[...] como assegurador dos privilégios dos detentores do poder político e econômico e como mantenedor dos privilégios raciais do branco em nossa sociedade. O Estado e o Direito brasileiros reproduzem o racismo da sociedade através, especialmente, de sua superestrutura política e civil de forma a generalizar e devolver os conceitos e estereótipos formados ao longo da vida do negro neste país desde sua vinda forçada da africa até os dias atuais. (BERTÚLIO, 1989, p. 10) (Grifo nosso)

Todo o sistema social, jurídico, político capital colaboram e perpetuam o estereótipo de homem negro (BERTÚLIO, 1989). A história mantida por aqueles que mantêm o controle sobre os sistemas de repressão e poder continuarão mantendo a desumanização dos corpos pretos para justificar as suas respostas.

De maneira a fortalecer o discurso colonial e imprimir no imaginário coletivo um reforço sociocultural do que era pertencer a branquitude e aqueles branqueados o Direito já foi capaz de promover

a criação dos tipos penais “vadiagem”, que buscou exaltar o trabalho formal, e “capoeiragem”, cuja intenção era recriminar a cultura negra, mostrou como se tentou silenciar a classe pobre para que os ideais da elite fossem alcançados. Além disso, o próprio samba era visto pelas autoridades como “coisa de marginal”. Os legisladores criaram leis que buscavam alcançar padrões sociais almejados pela classe dominante e a força policial se valia de sua autoridade para selecionar dentre os cidadãos aqueles que seriam perseguidos ou não, delineando a clientela do direito penal. (CUNHA; TEIXEIRA, 2017, p. 270)

Além desses exemplos, na mesma época o Direito também recriminava o que denominava como charlatanismo ou espiritismo para então atingir as matrizes afro-brasileiras (FURQUIM, 2015). Enquanto os objetos de repressão mudam, o seu objetivo permanece o mesmo. Se antes falávamos sobre samba, hoje em dia já se discutiu (e volta e meia se retorna a ideia) criminalizar o funk (SUG 17/2017).

O Direito, como instituição do Estado, nos lembra que é apenas o ato prático de toda uma cadeia social que possui em seu cerne constitutivo o descarte de corpos pretos, em suas mais diversas esferas, como um de seus componentes orgânicos (ALMEIDA, 2019). As pessoas pretas então lhes restam um estado de morte social, um (não) local no espaço-tempo onde que é retirado um prospecto de mudança e no qual a brutalidade impera.

Do período escravocrata aos tempos atuais, as pessoas negras, enquanto corpos assimilados como “outro”, por todos aqueles anti-pretos e por todas estruturas e instituições que fazem parte desse contexto anti-negritude (CORRAIDE, 2020), se mantêm em um estado de desumanização, no qual o Direito não às serve, onde tudo que podem esperar é um futuro, que observando tudo que aconteceu no nosso passado, possa então modificar nossos preceitos estruturais coloniais gravemente racistas.

[...] o estado regula as relações raciais tanto por meio da legislação positivada quanto fazendo uso de leis não escritas, baseadas nos costumes praticados, e que visam à manutenção da estrutura social. O sistema judiciário, como outras instituições, é uma construção social e está impregnado pela mesma ideologia que transita pela sociedade como um todo. Não é capaz de operar com isenção se não fizer um sistemático esforço de crítica e autocrítica para alcançar os conflitos e as ambivalências presentes nas situações sobre as quais arbitra. A crítica desnudaria a seletividade na construção dos fatos jurídicos em acordo com um discurso sobre “brasilidade” formulado em torno da ideia da cordialidade, da harmonia, da inexistência de qualquer forma de discriminação e do horror ao preconceito e ao racismo [...]. (DOS SANTOS, 2015, p. 204). (Grifo nosso)

Por mais que entoadado pelo artigo 5º da Constituição (BRASIL, 1988) que todos são iguais perante a lei ou então promovido pelo Estatuto da Igualdade Racial, lei nº 12.288 de 2010 (BRASIL, 2010) que a negritude será garantida igualdade em oportunidades, defesas de direitos e combate à discriminação, todos sabemos que não é isso o que acontece. O Direito não é neutro. Deve-se tentar cada vez mais lutar por um Direito que reconheça as individualidades de cada indivíduo de forma positiva e que consiga abdicar de elementos subjetivos intactos no subconsciente coletivo como forma de lente pela qual as leis devem ser enxergadas.

Em uma perspectiva em que o mundo decide pela pele preta quem vive e quem morre (MBEMBE, 2003) o Direito se preceitua como sentenciador, reproduzindo e confirmando um imaginário coletivo que parece cada vez mais se fortalecer.

4. Do passado ao (afro)futuro

Enquanto o passado e o presente moldam e retroalimentam um padrão de subalocamento do corpo do “outro”, proponho aqui o afrofuturismo como uma perspectiva de mudança para realocação da negritude perante as estruturas sociais e principalmente no Direito.

O afrofuturismo, como teoria política, se propõe a reler o futuro que a figura do colonizador projetou para aqueles que sofreram os impactos da colonização. Propõe um futuro, onde pessoas pretas não sejam mais o “outro”, mas onde elas sejam de fato pessoas (e) de direitos. Um futuro que não necessariamente seja daqui a 100 ou 1000 anos, mas que possa construir uma mudança no amanhã. Um futuro onde pessoas pretas de fato importam.

“Afrofuturismo é um mecanismo para imaginar e criar diferentes realidades livres das restrições da colonização e da opressão racial.” (CLARKE, 2019, p. 87). Essa perspectiva afrofuturista se estabelece ao se evidenciar a possibilidade de que toda a violência física, moral e epistemológica não apenas pode, como será revertida, em um Estado que possua uma concepção de pertencimento a toda sua população. Não um futuro que imite o que já vivemos, mas que reconheça toda barbárie e consiga evoluir a partir de todas as narrativas que já desvendemos. Um processo de deslocamento espaço-temporal que possa promover uma mudança de paradigmas sociais.

É em relação a essa distopia, esse futuro violento que o afrofuturismo é colocado aqui como contrapartida. Uma imagem de futuro distorcida da realidade, ainda mais se pensando que a maioria do Brasil é negra e isso não se reflete em outros ambientes. Cerca de 56% da população brasileira se considera negra — preta ou parda — mas ainda é dificilmente encontrada a negritude em cargos de liderança ou magistratura, por exemplo. Por outro lado, a negritude é a que mais está alocada em situações de precariedade socioeconômica, a maioria carcerária e compõem o maior número da relação de vítimas de homicídio (AFONSO, 2019).

Segundo Bennett Capers (2019), o afrofuturismo se sustenta em dois tópicos. (i) Alienação, que seria a descartabilidade que o corpo preto se encontra diante de todo o processo instituído pelo capitalismo desde os tempos coloniais, tendo sido o processo escravocrata o ponto determinante para uma desconexão da negritude com sua cultura e com seus semelhantes. Outro ponto seria (ii) o processo de reivindicação. O ato das mulheres e homens pretos de reivindicarem suas identidades e perspectivas que lhes foram arrancadas pelo colonizador. Aqui se pontua novamente o movimento espaço-temporal que o afrofuturismo está disposto a estabelecer. Olhando para o passado para desconstruir o futuro.

[...] embora os afrofuturistas insistem que os indivíduos negros e pardos sobreviverão no futuro, essa sobrevivência não depende da subordinação dos brancos. Em vez disso, os afrofuturistas imaginam um futuro livre de hierarquias ao longo das linhas de raça, gênero, classe ou sexualidade [...] (CAPERS, 2019, p. 38) (Grifo nosso)

Ao imaginar a desvinculação que Capers cita, o afrofuturismo está se colocando diretamente comopositor a colonialidade do ser, do saber e do poder como já referenciado por Quijano. Ao propor uma ideia de pessoa preta não subordinada a todos esses eixos de poder o que se imagina é a realocação da negritude do locus social de subalternidade e a devolução da sua humanidade. Uma quebra

5 No original: [...] although Afrofuturists insist that black and brown individuals will survive in the future, that survival is not contingent upon the subordination of whites. Rather, Afrofuturists imagine a future free of hierarchies along the lines of race, gender, class, or sexuality [...]. Tradução nossa.

dos paradigmas aos quais o Direito, como já demonstrado, utiliza e reabastece a sociedade, com narrativas estereotipadas que não refletem em nada a realidade das ontologias do nascer até o morrer dessas pessoas.

Como um projeto de utopia próxima, pensar em uma realidade que seja desprovida de violência, de prisões, de capitalismo e que principalmente essas linhas de controle não recaiam sobre a população negra é pensar em um afrofuturo (IMARISHA et al, 2015). O passado não pode mais ser transformado, toda a violência e centralização de um sistema-mundo já foi alocado. O Direito foi desenvolvido a partir desses ideais que constituíram toda a violência até então apresentada e que ainda serve como ferramenta de repercussão. É necessário pensar em novas epistemologias e colocá-las em prática para que se alcance de fato uma coletividade onde as concepções de bem-ver não sejam engessadas com conceitos de violência e morte daqueles que sempre foram considerados o “outro”.

5. Considerações finais

O afrofuturismo pode contribuir para o fortalecimento do judiciário brasileiro e para o seu futuro por meio da sua reestruturação, de modo que se possa abrir um horizonte de interpretações que lidem com as realidades do presente e com uma promessa de uma Estado que reconheça a negritude, que possibilite um futuro melhor. Os juristas brasileiros podem contribuir para moldar ativamente o futuro do sistema jurídico e a legislação que daí advém para garantir uma realidade que resista aos preceitos universalistas europeus.

Tal descrição descobre a necessidade de governos e juristas revisarem e tentarem aplicar as leis de forma a garantirem que os direitos individuais e de interesse público não sejam abusados por organizações corporativas irresponsáveis, pessoas ou governo.

Pensar em um presente e um futuro onde as instituições reconhecem e valorizam as relações ontológicas de corpos pretos é pensar numa resignificação da existência dessas pessoas, do que é permitido a elas ser, possuir, manifestar. Relações de direitos básicos humanos que naturalmente não seria imposta para aqueles que nem humanos são.

Na medida em que reduzo a negritude a uma vivência invisível onde eu possa manejar sua existência, assim como quando Spivak pergunta se pode o subalterno falar⁶, eu proponho então aqui que o afrofuturismo como um mecanismo para que a voz da negritude não seja mais abafada pelos preceitos coloniais do passado. Que a geopolítica europeia e sua violência física, moral e epistemológica sejam abafadas enquanto homens e mulheres pretas possam cantar.

6 Gayatri Chakravorty Spivak é uma importante pensadora a respeito da decolonialidade e “Can the subaltern talk?” uma importante obra sobre o assunto. Para entender mais sobre a construção do pensamento de Spivak ler: SPIVAK, Gayatri Chakravorty. Can the subaltern speak?. Die Philosophin, v. 14, n. 27, p. 42-58, 2003.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AFONSO, Nathália. Dia da Consciência Negra: números expõem desigualdade racial no Brasil. Piauí, 20 nov. 2019. Disponível em: <https://piaui.folha.uol.com.br/lupa/2019/11/20/consciencia-negra-numeros-brasil/>. Acesso em: 21 set. 2020.

ALBUQUERQUE, Antônio Armando Ulian do Lago. Multiculturalismo e o Direito à Autodeterminação dos Povos Indígenas. Orientação de Thaís Luzia Colaço. Florianópolis, 2003, Dissertação de Mestrado, Universidade Federal de Santa Catarina. Centro de Ciências Jurídicas.

ALMEIDA, Silvio. Racismo estrutural. Pólen Produção Editorial LTDA, 2019.

BERTÚLIO, Dora Lúcia de Lima. Direito e relações raciais: uma introdução crítica ao racismo. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina, Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 1989.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal; 1988.

BRASIL. Lei n. 12288, de 20 de julho de 2010. Institui o Estatuto da Igualdade Racial. 2010.

CAPERS, I. Bennett. Afrofuturism, critical race theory, and policing in the Year 2044. NYUL Rev., v. 94, p. 1, 2019.

CASTRO, Daniel Vitor de. Resistências e expressividades: contribuições da literatura negra para um giro decolonial do Direito. 2018. 137 f., il. Dissertação (Mestrado em Direito)—Universidade de Brasília, Brasília, 2018.

CASTRO-GÓMEZ, Santiago. Ciências sociais, violência epistêmica e o problema da “invenção do outro”. In: LANDER, Edgardo (org.). A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais Perspectivas latino-americanas. Argentina: CLACSO, 2005.

CLARKE, Shanice Brittany. AFROFUTURISM & POSSIBILITIES FOR DECOLONIZING THE ACADEMY. Revista Nós: Cultura, Estética & Linguagem, v. 4, ed. 2, p. 84-97, 2019. Disponível em: <https://www.revista.ueg.br/index.php/revistanos/article/view/9220>. Acesso em: 21 set. 2020.

CORONIL, Fernando. Natureza do pós-colonialismo: do eurocentrismo ao globocentrismo. In: LANDER, Edgardo (org.). A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais Perspectivas latino-americanas. Argentina: CLACSO, 2005.

CORRAIDE, Marco Túlio. TRABALHO PRETO, INSTITUIÇÕES BRANCAS: o ser e sua interseccionalidade (ainda) como subalternidades trabalhista. 2020. No prelo.

CUNHA, Rafaela Cardoso Bezerra; TEIXEIRA, Ricardo Augusto de Araújo. RÓTULOS NO SAMBA: CRIME E ETIQUETAMENTO NA CULTURA POP CARIOCA DO SÉCULO XX. Revista de Estudos e Pesquisas Avançadas do Terceiro Setor, v. 4, n. 1, p. 263-285, 2017.

DOS SANTOS, Gislene Aparecida. Nem crime, nem castigo: o racismo na percepção

do judiciário e das vítimas de atos de discriminação. *Revista do Instituto de Estudos Brasileiros*, n. 62, p. 184-207, 2015.

DUSSEL, Enrique. 1492 – O encobrimento do outro: a origem do mito da modernidade. Trad. Jaime A. Clasen. Petrópolis, RJ: Vozes, 1993.

FURQUIM, Saulo Ramos. A criminologia cultural e a criminalização das culturas periféricas: discursos sobre crime, multiculturalismo, cultura e tédio. Orientador: Cláudia Maria Cruz Santos. 2015. 126 p. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10316/28714>. Acesso em: 19 set. 2020.

IMARISHA, Walidah et al. (Ed.). *Octavia's Brood: science fiction stories from social justice movements*. AK Press, 2015.

LIMA, José Edmilson De Souza; KOSOP, Roberto José Covaia. Giro Decolonial e o Direito: Para Além de Amarras Coloniais. *Rev. Direito Práx.*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 4, p. 2596-2619, Dec. 2019.

MBEMBÉ, J.-A.; MEINTJES, Libby. Necropolitics. *Public culture*, v. 15, n. 1, p. 11-40, 2003.

MOREIRA, Adilson José. Direito, poder, ideologia: discurso jurídico como narrativa cultural / Law, power, ideology: legal discourse as cultural narrative. *Revista Direito e Práxis*, v. 8, n. 2,

14 jun. 2017.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. In: LANDER, Edgardo (org.). *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais Perspectivas latino-americanas*. Argentina: CLACSO, 2005.

QUIJANO, Aníbal. Dom Quixote e os moinhos de vento na América Latina. *Estud. av.*, São Paulo, v. 19, n. 55, p. 9-31, Dec. 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142005000300002&lng=en&nrm=iso>. Acessado em: 12 Sept. 2020.

SOUSA JUNIOR, José Geraldo de; FONSECA, Lívia Gimenes Dias da. O Constitucionalismo achado na rua – uma proposta de decolonização do Direito. *Rev. Direito Práx.*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 4, p. 2882-2902, Dec. 2017.

Valoração da Prova Digital

Valuation of Digital Evidence

Isabella Ivankio¹

Rui Miguel Zeferino Ferreira²

Sumário: 1. Introdução; 2. A prova no Direito brasileiro; 3. A Prova Digital; 4. A Prova Digital no Direito Comparado; 5. Conclusão.

Resumo: O presente artigo é resultado de uma análise sobre a valoração das provas digitais no Direito brasileiro e no Direito comparado. O presente estudo parte, inicialmente, do conceito de prova no ordenamento jurídico brasileiro, percorrendo as questões da validade e da força probatória das provas físicas e das provas digitais. Em seguida, faz-se uma comparação entre a prova física e a prova digital, elencando os principais desafios para que a segunda seja equiparada à primeira, incluindo um estudo pormenorizado acerca da autoria, integralidade, inalterabilidade e sigilo dos documentos eletrónicos. Por fim, procuram-se respostas no Direito comparado, observando as experiências conhecidas em outros ordenamentos jurídicos que já possuem legislação avançada sobre o tema, como é o caso de Portugal, Itália e Argentina. Através de um referencial teórico multidisciplinar, o estudo contou com a análise da doutrina, da jurisprudência e da legislação nacional e estrangeira, comparando do clássico ao atual em matéria probatória. Por fim, nas notas finais, salienta-se que a prova digital vem sendo usualmente utilizada e, por conta de tal motivo, tende a ganhar especial relevância nos ordenamentos jurídicos, que lhe vêm conferindo uma maior força probatória, principalmente nos casos em que o documento eletrónico possui assinatura digital – até mesmo simplificada.

Palavras-chave: Prova Digital; Documento Eletrónico; Assinatura Digital.

Abstract: The present paper is the result of an analysis of the valuation of digital evidence in Brazilian and Comparative Law. The analysis starts, initially, from the concept of evidence in the Brazilian Law, going through the questions of validity and probative force. Then, the paper compares the physical evidence with the digital evidence, listing the main challenges for the second to be equated with the first, including a detailed study about the authorship, completeness, inalterability and confidentiality of electronic documents. Finally, answers are sought in Comparative Law, observing the experiences of other countries that already have advanced legislation on the subject (Portugal, Italy, Argentina). Through a multidisciplinary theoretical framework, the study counted on the analysis of national and foreign doctrine, jurisprudence and legislation. Concluding, it is noted that the digital proof has been routinely used and, for this reason, the ordinances are tending to give it greater probative strength, especially in cases where the electronic document has a digital signature.

Keywords: Digital Evidence; Electronic Document; Digital signature.

¹ Estudante da Universidade Federal do Paraná, da graduação do curso de direito (4.º ano). E-mail: isaivankio2@gmail.com.

² Professor-Adjunto no Instituto Superior de Entre Douro e Vouga (ISVOUGA). Assistente Convidado na Escola Superior de Administração, Comunicação e Turismo, do Instituto Politécnico de Bragança (IPB). Investigador integrado no JUSGOV – Centro de Investigação em Justiça e Governação, da Universidade do Minho, afeto ao grupo de investigação E-Tec – Estado, Empresa e Tecnologia. Investigador da Universidade de Santiago de Compostela (USC), Espanha. Juiz-Árbitro no Centro de Arbitragem Administrativa (CAAD) em matéria tributária e administrativa. Advogado. E-mail: r.ferreira@doc.isvouga.pt.

1. Introdução

O papel, por muito tempo o maior provedor de conteúdo, vem cedendo espaço para uma sociedade marcada pela volatilidade dos meios e dos recursos digitais. Por um lado, não se deve ignorar os benefícios desta mudança: a maior facilidade de utilização; a maior e mais fácil acessibilidade; e o menor grau de poluição. Por outro, não se pode negligenciar as consequências, principalmente jurídicas, desta nova perspetiva. Afinal, a tecnologia não veio apenas para trocar as prateleiras cheias de livros pela praticabilidade de um e-book, mas também para tornar possível a realização de audiências, vestibulares (exames) e até mesmo de casamentos civis³ por recurso à utilização da internet.

No estudo realizado por Erik Brynjolfsson e Andrew McAfee, foi demonstrado que o atual período histórico é marcado por consequências e efeitos tecnológicos de curto prazo, promovidas pela utilização de tecnologias disruptivas⁴. Trata-se daquilo que os cientistas denominaram de “Quarta Revolução Industrial”, correspondente a uma segunda fase da “Revolução Digital” - desta vez marcada pelos fenômenos da inteligência artificial, da internet das coisas, da nanotecnologia e da robótica desenvolvida.

Paralelamente, os meios de comunicação também evoluíram, principalmente com o advento da internet. Para além da denominada “sociedade da informação” - nas palavras de Werthein, um “novo paradigma sócio-econômico”⁵ -, as interações digitais criaram um Cyberspaço, no qual se encontra um modo de pensar que segue os “paradigmas digitais”⁶.

Das constantes interações e relações digitais, não raras são as vezes em que algo não acontece conforme o esperado, gerando um conflito entre as partes da relação jurídica - seja ela um contrato de compra e venda em marketplace, um erro no servidor que realiza ações não autorizadas pelo usuário ou uma invasão de conteúdo criptográfico. Muitas dessas ocorrências são, então, levadas à apreciação dos tribunais. Assim, dentro da instrução processual, cabe aos litigantes o ônus de provar as suas pretensões em juízo, visando que o juiz declare o direito em seu favor. O meio de prova digital, dotado de enorme volatilidade e de fácil manipulação, muitas vezes é o único meio de prova que a parte possui. Sem prejuízo do princípio da atipicidade das provas em diversos ordenamentos, a contínua mutação do ambiente digital tem como consequência o surgimento de lacunas legislativas, constituindo um desafio sobre a forma como o Judiciário deve tutelar de forma justa e eficiente as relações jurídicas que daí advém⁷.

Na transição paradigmática pela qual passam as provas processuais em

3 No Brasil, diante do cenário de pandemia do Covid-19, tornou-se possível realizar o casamento civil por meio de videoconferência. Também, em Portugal, pelo mesmo fenómeno o Centro de Arbitragem Administrativa (CAAD) passou a recorrer à inquirição de testemunhas por recurso a meios tecnológicos à distância, por via da utilização da Cisco Webex Meetings.

4 BRYNJOLFSSON, Erik; MCAFEE, Andrew. *The Second Machine Age: Work, Progress, and Prosperity in a Time of Brilliant Technologies*. New York, London: W. W. Norton Company, 2014.

5 WERTHEIN, Jorge. A sociedade da informação e seus desafios, *Ci. Inf. Brasília*, v.29, n2, ago 2000.

6 LORENZETTI, Ricardo L. *Comércio eletrônico*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

7 ANDRIGHI, Fátima Nancy. *A responsabilidade civil dos provedores de pesquisa via internet. A responsabilidade civil dos provedores de pesquisa via internet*, 2012.

relação à tecnologia, a valoração da prova digital divide as opiniões na doutrina. Por um lado, questiona-se a sua certeza e confiabilidade em face da facilidade de alterá-las sem deixar vestígios. Por outro lado, verifica-se que a possibilidade de expansão das provas dessa natureza é ilimitada, colaborando de forma ativa no campo probatório. A título exemplificativo, vejam-se os sistemas de monitorização à distância, de identificação por meios magnéticos e por biometria.

Neste contexto, o conceito da prova deve ser revisto, dando espaço para teorias que priorizam soluções ideais para o complexo de problemas que dele emergem, em detrimento da tentativa de explicar o instituto apenas pela ótica do direito positivo. Efetivamente, como salientam Teresa Arruda Alvim e Eduardo Talamini, “se a teoria não serve à prática, é inútil; se a prática nada tem a ver com a teoria, é porque se terá abastardado em demasia”⁸.

2. A prova no Direito brasileiro

Na aceção de Gian Franco Ricci, o conceito de prova deve ser entendido a partir de três perspectivas: a prova enquanto atividade, objetivando reconstruir os factos pretéritos; a prova enquanto meio, visando trazer informações para a convicção do juiz; e a prova enquanto resultado, traduzida no desfecho da valoração realizada pelo juiz⁹.

A produção de provas no processo pode ser entendida como um método orientado a atingir a verdade dos fatos da maneira mais fiel possível, permitindo a formação da livre convicção do julgador¹⁰. Trata-se de um direito fundamental, extraído das garantias do devido processo legal, do princípio do contraditório e da ampla defesa, traduzindo-se, nas palavras de Cândido Rangel Dinamarco, na “liberdade de acesso às fontes e meios segundo o disposto em lei e sem restrições que maculem o justo processo”¹¹.

Neste contexto, o Direito brasileiro adota o princípio do livre convencimento motivado do juiz em relação às provas, em que pondera o sistema da prova legal e o sistema da livre convicção do julgador. Segundo este sistema, o juiz aprecia livremente a prova, mas deve valorá-la de acordo com a sua percepção racional, motivando o seu convencimento. Significa, por outras palavras, um convencimento formado com liberdade intelectual, mas sempre apoiado nas provas apresentadas, que fornecem caminhos para a decisão¹².

Paralelamente, o sistema brasileiro desfruta de uma liberdade ainda maior relativamente aos meios de prova. Nos termos do art. 369 do CPC/2015, as partes

8 VASCONCELOS, Rita. Impenhorabilidade do bem de família. Coord.: ALVIM, Teresa Arruda. TALAMINI, Eduardo. 2ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p.11

9 RICCI, Gian Franco. Principi di diritto processuale generale. Torino: G. Giappichelli Editore, 2012. p. 341. No mesmo sentido, veja-se FREITAS, José Lebre de. A Ação Declarativa Comum. 4.^a ed. Coimbra: Gestlegal, 2017, pp. 235 e ss.

10 AMARAL, Paulo Osternack. Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 28

11 DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. 6. ed., São Paulo: Malheiros, 2003. p. 47.

12 CINTRA, Antonio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

têm o direito de empregar todos os meios legais, desde que moralmente legítimos, ainda que não especificados em lei, para provar a verdade dos factos. Ainda que não houvesse previsão legal para a admissão de provas atípicas, não haveria óbice à eventual admissão, em virtude do princípio da máxima eficiência dos meios probatórios. O princípio diz respeito a um mandato de otimização voltado para maximizar os resultados da utilização do repertório de provas¹³, resguardando o uso de meios compatíveis para provar as alegações da parte.

Embora exista uma grande amplitude na admissão dos meios probatórios, a mera possibilidade de inseri-los no processo não basta para que se possa concluir pela efetivação das garantias de ampla defesa. Afinal, qualquer que seja o meio probatório empregado, ele só exercerá a função de formar a livre convicção (convencimento) do julgador se for corretamente valorada. E esse é, atualmente, o desafio das provas digitais.

3. A prova digital

A crescente e acelerada difusão dos meios de comunicação implicou dois fenômenos nas relações sociais: a despersonalização e a desmaterialização. A velocidade da comunicação aumenta e, proporcionalmente, o contato pessoal diminui¹⁴. Apesar de virtual, como explica a Ministra Nancy Andrighi, a relação jurídica materializa-se nas partes envolvidas, que podem e devem responder pelos seus atos¹⁵.

Na esfera jurídica, os documentos eletrónicos provenientes dessas relações são colocados em dúvida em relação à sua autoria, integridade, inalterabilidade e sigilo. Não obstante esse facto, a grande maioria dos ordenamentos jurídicos aceita as provas atípicas, embora a maleabilidade conceitual seja limitada, o que torna sempre possível que determinado instrumento não possa ser incluído na previsão legal¹⁶. Porém, as inovações tecnológicas implicam a releitura dos modelos legais; afinal, a lei prevê a realidade de determinado momento histórico¹⁷.

Em sentido técnico, o documento eletrónico pode ser definido como um conjunto de impulsos eléctricos¹⁸, ou de campos magnéticos aplicados a um suporte desmaterializado, de acordo com determinado código¹⁹. Na essência, o documento eletrónico tem a sua manutenção sob um meio digital, podendo ser abrangido pelo conceito de documento, mas com características próprias: concebidas em ambiente virtual e construídos numa linguagem passível de leitura apenas por recurso a um computador²⁰. Um exemplo de prova digital bastante utilizada é a mensagem eletrónica, tanto pela sua recorrência quanto pela sua facilidade, a qual igualmente

13 FERREIRA, William Santos. Princípios fundamentais da prova cível. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 184

14 AMARAL, Paulo Osternack. Op. Cit. p. 172.

15 ANDRIGHI, Fátima Nancy. Op. Cit. p. 12.

16 MOREIRA, José Carlos Barbosa. Provas atípicas. Revista de Processo n. 76, p. 114-126, São Paulo, out-dez. 1994. p.121

17 AMARAL, Paulo Osternack. Op. Cit. p. 173

18 QUADRI, Gabriel H. La prueba en el proceso civil y comercial. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2011, vol. I e II. p.865.

19 FALCÓN, Enrique M. Tratado de la prueba. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 2009, vol. I e II. p.93.

20 AMARAL, Paulo Osternack. Op. Cit. p. 188.

dispõe de escassa regulamentação²¹. A inexistência de regras específicas para apurar a segurança deste meio probatório maximiza a insegurança para o juiz, que fica à mercê da possibilidade de adulteração de remetentes, de mensagens e de datas.

É por conta destas questões que a autoria de um documento é imprescindível para lhe conferir força probante - excluindo da regra apenas as fotografias e os vídeos, por demonstrarem um facto de maneira direta. Neste sentido, a aferição da autoria de um documento físico é muito mais fácil, bastando a assinatura do autor com reconhecimento da mesma. Já a autoria dos documentos digitais possui algumas adversidades.

A Medida Provisória nº 2.200 de 2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, prevê no art. 10.º que serão considerados documentos públicos ou particulares todos os documentos eletrónicos de que trata a Medida Provisória. Embora o legislador tenha equiparado o documento eletrónico ao documento público ou particular, o regime legal pouco contribuiu para a valoração da prova digital.

Por seu lado, o CPC/2015 tratou do documento eletrónico de maneira pouco técnica, fazendo apenas a menção às “fotografias digitais e extraídas da rede mundial de computadores”, para afirmar que elas “fazem prova das imagens que reproduzem”. Conforme leciona Marcelo Bonizzi, o CPC apenas esclareceu o que já se intuía há tempos²². Mais interessante se mostra o consagrado no art. 439.º, do CPC/15, que afirma que os documentos eletrónicos devem ser convertidos à forma impressa e que a verificação de sua autenticidade deverá ser feita “na forma da lei”. Percebe-se que a disposição é um tanto anacrónica, tendo em vista que o processo brasileiro vem, de há muito, sendo eminentemente eletrónico. Ora, não é razoável exigir a conversão à forma impressa se o documento será repetido digitalmente em autos eletrónicos.

Também, há a hipótese de o documento ser exclusivamente digital, não comportando a forma física. Nesses casos, a parte processual carece de apresentar autenticação eletrónica do documento, ou, eventualmente, realizar perícia para atestar a validade do documento, caso a contraparte ofereça impugnação, nos termos do art. 422.º, § 1º. A validade da prova pode ser atestada pela assinatura eletrônica, que tem o efeito de comprovar a autoria e a integridade do documento eletrónico. Na realidade, na atualidade ela é, inclusivamente, muitas vezes vista como mais segura do que a assinatura manuscrita, uma vez que garante que as alterações posteriores fiquem registadas²³.

Existem duas espécies de assinatura eletrônica: a assinatura digital e a assinatura eletrónica simples. A diferença entre ambas, deriva do grau de segurança que a assinatura oferece ao documento²⁴. A assinatura digital é o mecanismo mais seguro e consiste no certificado emitido por uma autoridade certificadora credenciada, funcionando por meio de criptografia assimétrica - o sistema de dupla chave, “chave

21 FERREIRA, William Santos. Op. Cit. p. 82-84.

22 BONIZZI, Marcelo José Magalhães. Fundamentos da prova Civil. Teoria Geral da Prova e provas em espécie segundo o Novo CPC. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 143.

23 BIANCHI, Giorgio. La prova civile: onere e ammissibilità della prova nel Codice Civile. Milão: Cedam, 2009. p.134.

24 AMARAL, Paulo Osternack. Op. Cit. p. 199.

privada” e “chave pública”. Por seu lado, a assinatura eletrónica simples baseia-se no mero uso de uma senha pelo transmissor e pelo recetor. Essa hipótese mostra-se menos segura, uma vez que permite facilmente a intercetação por hackers²⁵.

Contudo, ainda que utilizados estes mecanismos, a parte processual pode alegar que a declaração do computador não obedeceu às suas instruções, ou que não é da sua propriedade, ou que houve erro, violência ou incapacidade. Apesar de o meio eletrónico ser um instrumento material, ele possui uma capacidade de adulteração muito superior às demais ferramentas, podendo dissolver a figura de quem o utiliza²⁶.

Encontramos ainda outra questão a ser enfrentada pelo ordenamento jurídico, a qual resulta do problema da conservação do documento eletrónico: é necessário ter em atenção que o avanço tecnológico não inviabilize o acesso aos documentos, como recentemente aconteceu em relação à disquete, que foi substituída pela pendrive, para finalmente passar para o armazenamento em nuvem. Efetivamente, o ambiente virtual da atualidade pode não ser o ambiente de um futuro próximo, devendo ser assegurada a leitura dos dados armazenados, independentemente do progresso tecnológico²⁷.

O avanço da tecnologia é inegável - e o das provas digitais acompanha-o. Desta realidade, são exemplificativos os exames de DNA, atualmente populares, que provocaram uma silenciosa revolução no direito de família. Esta prova até então desconhecida, foi capaz de elucidar, com absoluta precisão e elevado grau de confiabilidade, a paternidade e as relações de parentesco²⁸.

Portanto, não há dúvidas de que o ritmo acelerado da tecnologia no âmbito das provas chegará ao ponto de fornecer meios incomensuravelmente vastos ao juiz, aproximando-o cada vez mais da verdade material dos factos, que é o objetivo último do direito adjetivo. É justamente esta possibilidade que parece ser, nas palavras de Bonizzi, o “grande trunfo das tecnologias no âmbito da prova em geral”²⁹.

4. As experiências do Direito comparado

Os demais ordenamentos jurídicos também tiveram a necessidade de se posicionar com o advento das provas digitais, promovendo iniciativas que merecem um estudo detalhado. Afinal, o juscomparativismo, mais do que um diletantismo intelectual, corresponde a uma importante ferramenta prática e instrumental, capaz de aperfeiçoar o regime jurídico nacional³⁰.

A União Europeia por via da Diretiva 1999/93/CE instituiu um regime geral

²⁵ Ibidem.

²⁶ LORENZETTI, Ricardo L. Contratos “Eletrônicos”. In: LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto (coords). Direito & Internet: Aspectos Jurídicos Relevantes. Vol II. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 554-555.

²⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Prova e convicção - de acordo com o CPC de 2015. 3. ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 628.

²⁸ SALLES, Carlos Alberto de. Transição paradigmática da prova processual civil. In: ASSIS, Araken de; ARRUDA ALVIM, Eduardo; NERY JUNIOR, Nelson; MAZZEI, Rodrigo; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; ARRUDA ALVIM, Thereza (Coord.). Direito Civil e processo: estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 911-921.

²⁹ BONIZZI, Marcelo José Magalhães. Op. Cit. p. 22.

³⁰ OVÍDIO, Francisco. Aspectos do direito comparado. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, v. 79, p. 161-180, 1984.

harmonizado para os Estados-membros, abrangendo as assinaturas eletrónicas e os serviços de identificação, embora não tenha disciplinado a validade dos contratos virtuais e as obrigações que deles advém³¹. Segundo a Diretiva, de uma assinatura eletrónica avançada decorrem três consequências: equiparação à assinatura manuscrita; admissibilidade como prova; e proibição de negar-lhe eficácia.

Na Itália o documento eletrónico foi normatizado inicialmente na seara penal (art. 491.º do CP) e, posteriormente, desenvolvido por normas especiais, que após sucessivas alterações foram codificadas no Codice dell'Amministrazione Digitale - CAD. Nesse sistema, o documento eletrónico com assinatura digital, que garanta a identificação do autor nos termos do art. 71.º do CAD, é equiparado ao documento físico assinado. Se o documento possuir assinatura eletrónica simples, será livremente valorado pelo juiz, considerando a qualidade da segurança. Se não possui assinatura, o documento será submetido à livre apreciação do juiz e, caso seja impugnado, não será objeto de perícia, mas sim de presunções por parte do juiz³².

Em Portugal, as iniciativas legislativas referentes aos documentos eletrónicos derivam do comércio. O Governo identificou que as empresas ultrapassariam problemas decorrentes da distância por via de recursos tecnológicos, e assim desenvolveu o comércio eletrónico em Portugal a fim de aumentar a competitividade das suas empresas. Dessa forma, por meio da Resolução do Conselho de Ministros 115/1998 foi criada a “Iniciativa Nacional para o Comércio Eletrónico”, que regulava o regime jurídico aplicável aos documentos eletrónicos. Posteriormente, foi publicado o Decreto-Lei 290-D/1999, que tratou da regulamentação dos documentos eletrónicos, tendo sido alterado pelo Decreto-Lei 62/2003 para se tornar compatível com a Diretiva 1999/1993/CE.

Resumidamente, caso o documento eletrónico seja passível de representação como declaração escrita e possua assinatura eletrónica qualificada, certificada por entidade credenciada, ele fará prova plena das suas alegações. As provas fotográficas, cinematográficas ou fonográficas fazem prova plena dos factos e das coisas que representam se a contraparte não as contestar, nos termos do art. 368.º do Código Civil Português. Caso o documento não possua assinatura digital - assim como no caso das cópias de documentos eletrónicos - ele é valorado nos termos gerais de direito.

No ordenamento argentino os documentos eletrónicos possuem maior força probatória. A Ley de Firma Digital (Lei 25.506/2001) difere o grau de confiabilidade do documento pela comparação entre os documentos com assinatura digital e assinatura eletrónica simples. O direito argentino admite que, quando a lei exigir uma assinatura escrita, essa exigência é totalmente satisfeita assinatura digital (art. 3.º, Ley de Firma Digital). A assinatura eletrónica simples também é admitida, mas caso a contraparte a conteste caberá ao autor da prova demonstrar a sua validade. Embora a Argentina dê maior confiabilidade à prova digital, o art. 4.º da Ley de Firma Digital exclui a validade de determinados atos por meio de assinatura eletrónica, como as estipulações relacionadas ao direito da família, aos atos personalíssimos e aos que

31 AMARAL, Paulo Osternack. Op. Cit. p. 189.

32 Contudo, dois julgados italianos deram eficácia probatória para e-mail não certificado. Ambos os casos foram considerados documentos eletrónicos com assinatura simples, levados à valoração pelo juiz. (NOVARIO, Filippo. Le prove informatiche nel processo civile. Torno: G. Giappichelli, 2014. p. 11 e 80)

devem ser físicos por força de lei³³.

Os Estados Unidos da América reconhecem a validade do documento assinado pela internet desde 2000, com o propósito de incentivar o uso da internet em atos da vida corrente³⁴. Ainda assim, a justiça estadunidense conta com precedentes que desconsideram essas evidências. O repertório de provas do caso de St. Cair X Johnny's Oyster, por exemplo, contava com meros registos eletrónicos da Guarda Costeira e o tribunal decidiu que esses documentos não tinham a solidez suficiente para fazer prova das alegações.

5. Conclusão

O surgimento de novos modelos de negócio é inegável - e os meios de prova advindos dessas relações também o são. Contudo, ao mesmo tempo em que os meios tecnológicos de prova podem chegar mais perto da verdade material dos factos, são proporcionalmente mais fáceis de serem adulterados. Nesse âmbito, faz-se notar que os ordenamentos têm dado maior força probatória aos documentos eletrónicos, seja pelo seu uso corrente, seja pelo incentivo ao comércio eletrónico. A figura central dessa força probatória é a assinatura eletrónica, que mesmo comportando gradações de eficácia, sempre confere maior legitimidade ao documento.

Em termos práticos, haverá de concluir-se que o maior óbice à perfeita validade dos documentos digitais é a dificuldade de garantia da sua integridade. Assim, caberá à tecnologia, por meio da criptografia ou de métodos aprimorados supervenientes, certificar que as provas digitais não sejam adulteradas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Paulo Osternack. Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. A responsabilidade civil dos provedores de pesquisa via internet. A responsabilidade civil dos provedores de pesquisa via internet, 2012.

BIANCHI, Giorgio. La prova civile: onere e ammissibilità della prova nel Codice Civile. Milão: Cedam, 2009.

BONIZZI, Marcelo José Magalhães. Fundamentos da prova Civil. Teoria Geral da Prova e provas em espécie segundo o Novo CPC. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

BRYNJOLFSSON, Erik; MCAFEE, Andrew. The Second Machine Age: Work, Progress, and Prosperity in a Time of Brilliant Technologies. New York, London: W. W. Norton & Company, 2014.

CINTRA, Antonio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido

³³ AMARAL, Paulo Osternack. Op. Cit, p. 189-196.

³⁴ PAESANI, Liliana M. Direito e internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 18

Rangel. Teoria Geral do Processo. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. 6. ed., São Paulo: Malheiros, 2003.

FALCÓN, Enrique M. Tratado de la prueba. 2.e. Buenos Aires: Astrea, 2009, v. I.

FERREIRA, William Santos. Princípios fundamentais da prova cível. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FREITAS, José Lebre de. A Ação Declarativa Comum. 4.ed. Coimbra: Gestlegal, 2017.

LORENZETTI, Ricardo L. Comércio eletrônico, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

LORENZETTI, Ricardo L. Contratos “Eletrônicos”. In: LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto (coords). Direito & Internet: Aspectos Jurídicos Relevantes. Vol II. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Prova e convicção - de acordo com o CPC de 2015. 3. ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Provas atípicas. Revista de Processo n. 76, p. 114-126, São Paulo, out-dez. 1994.

OVÍDIO, Francisco. Aspectos do direito comparado. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, v. 79, p. 161-180, 1984.

PAESANI, Liliana M. Direito e internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2008.

QUADRI, Gabriel H. La prueba en el proceso civil y comercial. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2011, vol. I e II.

QUEIJO, Maria Elizabeth. Mensagem eletrônica: meio de prova apto à demonstração de seu envio, recebimento, conteúdo e autoria. In: FUX, Luiz, NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Processo e constituição: estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006

RICCI, Gian Franco. Principi di diritto processuale generale. Torino: G. Giapichelli Editore, 2012.

SALLES, Carlos Alberto de. Transição paradigmática da prova processual civil. In: ARRUDA ALVIM, Thereza (Coord.). Direito Civil e processo: estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

VASCONCELOS, Rita. Impenhorabilidade do bem de família. Coord.: ALVIM, Teresa Arruda. TALAMINI, Eduardo. 2ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

WERTHEIN, Jorge. A sociedade da informação e seus desafios, Ci. Inf. Brasília, v.29, n2, ago 2000.

LGPD e a proteção dos dados pessoais no âmbito da administração tributária brasileira

LGPD and the protection of personal data under the Brazilian Tax Administration

Lucienne Michelle Treguer Cwikler Szajnbok¹

Sumário: 1. Introdução; 2. Globalização, economia digital e proteção de dados; 3. Breve análise sobre a LGPD; 4. A proteção de dados pessoais pela Administração Tributária no Brasil; 5. Considerações finais; Referências.

Resumo: A globalização, os avanços tecnológicos e a 4ª Revolução Industrial aboliram inúmeras barreiras comerciais, financeiras, logísticas e de comunicação. Sob essa perspectiva, o avanço dos meios digitais propiciou o intercâmbio de um grande volume de dados e de informações, em velocidade jamais vista, trazendo à discussão os riscos para os dados pessoais. Inspirada na GDPR, vigente na União Europeia, recentemente entrou em vigor no Brasil a Lei nº 13.709/18 (LGPD). Ao dispor sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, a LGPD visa proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural. Feitas tais considerações, o presente trabalho objetiva analisar a interação entre a LGPD e o tratamento de dados pessoais pela Administração Tributária brasileira. A título de problematização, esse estudo busca refletir sobre os efeitos da LGPD na proteção de dados pessoais, notadamente nos dias atuais, em que as autoridades tributárias – federal, estadual e municipal – detêm um extenso e amplo acesso às informações fiscais de pessoas físicas. A partir da pesquisa realizada, foi possível concluir que apesar de o CTN já dispor de regras disciplinando a proteção de dados e o sigilo fiscal, o advento da LGPD trouxe um conjunto normativo de maior robustez e amplitude, inclusive no que concerne à aplicação de sanções. Para o desenvolvimento da pesquisa, a opção foi pelo método sistêmico aberto, desenvolvido por Karl Ludwig von Bertalanffy. Por fim, o estudo foi realizado mediante levantamento bibliográfico, com consulta a legislação, doutrina e periódicos da área jurídica.

Palavras-Chave: LGPD; Dados Pessoais; Administração Tributária.

Abstract: Globalization, technological advances and the 4th Industrial Revolution have abolished commercial, financial, logistical and communication barriers. From this perspective, the advancement of digital media has enabled the exchange of a large volume of data and information, at an unprecedented speed, bringing the risks to personal data to the discussion. Inspired by the GDPR, in force in the European Union, the Act n. 13.709/18 (LGPD) came into force in Brazil. By providing for the processing of personal data, including in digital media, by a natural person or by a legal entity under public or private law, the LGPD aims to protect the fundamental rights of freedom and privacy and the free development of the personality of the natural person. Having made these considerations, the present work aims to analyze the interaction between LGPD and the treatment of personal data by the Brazilian Tax Administration. As a matter of problematization, this study seeks to reflect on the effects of LGPD on the protection of personal data, notably today, when tax authorities - federal, state and municipal - have extensive and wide access to tax information of individuals. From the research carried out, it was possible to conclude that despite CTN rules governing data protection and fiscal secrecy, the advent of LGPD brought a more robust and wide-ranging normative set, including the application of sanctions. For the development of the research, the option was for the open systemic method, developed by Karl Ludwig von Bertalanffy. Finally, the study was carried out by means of a bibliographic survey, with consultation of legislation, doctrine and journals in the legal area.

Keywords: LGPD; Personal Data; Tax Administration.

¹ Mestre e Doutoranda em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Bacharel em Administração de Empresas e Direito, com especialização em Direito Empresarial. Advogada, Pesquisadora e Professora em cursos de pós-graduação. E-mail: lucienne.szajnbok@gmail.com

1. Introdução

Em setembro de 2020, entrou em vigor no Brasil a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), trazendo consigo a necessidade de pessoas naturais e jurídicas de direito público e de direito privado adotarem práticas e procedimentos direcionados ao tratamento e à proteção de dados pessoais, inclusive em meio digital.

Importante que se diga que a LGPD se inspirou na General Data Protection Regulation (GDPR) que, aprovada em 2016 e vigorando desde 2018, tem por escopo a proteção de dados pessoais no âmbito da União Europeia.

Sublinhe-se que, a despeito da sua relevância no cenário atual, a LGPD não foi o primeiro normativo que se preocupou com a proteção de dados no Brasil. Em outras palavras, é possível afirmar que a própria Constituição Federal e demais normas infralegais, a exemplo do Código de Defesa do Consumidor, da Lei de Acesso à Informação, do Marco Civil da Internet, dentre outros normativos, já albergavam a preocupação em conferir proteção ao tratamento, acesso e uso de dados pessoais.

A relevância da LGPD, porém, deriva de dois fatores principais e de extrema atualidade. Em primeiro lugar, o texto da LGPD condensa um conjunto de regras detalhadas, abrangendo um vasto rol de situações, que vão desde o tratamento dos dados pessoais até a definição das sanções aplicáveis, dispondo ainda sobre a criação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD). Em segundo lugar, a citada lei foi elaborada e aprovada em um contexto de economia digital, em que os avanços tecnológicos, o acesso digital e a globalização propiciaram uma intensa circulação de dados pessoais.

Partindo-se da premissa de que a LGPD tem ocasionado intenso impacto em praticamente todos os setores que lidam com dados pessoais, o presente trabalho terá como objetivo analisar a interação entre essa lei e o tratamento de dados pessoais pela Administração Tributária brasileira. A título de problematização, esse estudo busca refletir sobre os efeitos da LGPD na proteção de dados pessoais, notadamente nos dias atuais, em que as autoridades tributárias – federal, estadual e municipal – detêm um extenso e amplo acesso às informações fiscais de pessoas físicas.

Para a finalidade proposta, será adotado o método sistêmico aberto de Karl Ludwig von Bertalanffy, com o foco na interação entre diferentes elementos e suas trocas com o ambiente. Além disso, o estudo será desenvolvido mediante levantamento bibliográfico, com consulta a legislação, doutrina e periódicos da área jurídica.

2. Globalização, economia digital e proteção de dados

Primeiramente, é de se ponderar que a LGPD, a GDPR e os demais normativos adotados por outros países têm por cenário a economia digital e a 4ª Revolução Industrial.

Em um contexto de 4ª Revolução Industrial, que se originou fundamentalmente da fusão das diversas tecnologias e da interação entre os domínios físicos (veículos autônomos, impressão 3D, robótica avançada e novos materiais), digitais (internet das coisas) e biológicos (genética e biologia sintética), tem-se que, no tocante à

internet das coisas, as plataformas digitais, os computadores, tablets e smartphones e o blockchain, ao reunirem pessoas, ativos e dados, promoveram alterações substanciais na relação entre coisas (produtos, serviços, lugares) e pessoas.²

É dizer, em um panorama de globalização, caracterizado pela derrubada de barreiras comerciais, financeiras, logísticas e de comunicação, tem-se que a 4ª Revolução Industrial, somada às inovações tecnológicas, deu azo a uma intercomunicação de dados pessoais que trafegam globalmente, em volume e velocidade jamais vistos.

Em complemento,

o nível de avanço tecnológico a que a humanidade chegou permite o processamento massivo de dados, baseado em tecnologia digital avançada. E esse processamento já ocorre com base em inteligência artificial e algoritmos complexos, capazes de, por um lado, facilitar o processo produtivo de tomada de decisões empresariais, e, por outro lado, afetar a vida do cidadão.³

Destarte, a tecnologia e a globalização trouxeram como consequência o aumento da importância da informação, que passou a ser considerada um ativo de alta relevância para governantes e empresários. E, por tais razões, surgiu a necessidade de se estabelecer leis específicas para a proteção dos dados pessoais.⁴

Note-se que a importância de uma legislação que confira proteção aos dados pessoais está, na realidade, vinculada

à forma como empresas e governos podem nos oferecer bens e serviços com base no processamento de nossos dados pessoais que lhes informem, por exemplo, não somente nossa identidade, mas ainda nossos hábitos pessoais, nosso consumo sobre produtos e serviços, nosso comportamento, opinião política ou filosófica, orientação sexual, preferências gastronômicas, artísticas ou culturais etc.

[...]

Ora, a proteção da privacidade não está somente no uso, mas, ainda, na segurança de dados pessoais. Situações que uma lei geral de proteção de dados pessoais deve prever e disciplinar.⁵

Portanto, dado o cenário delineado, o esforço normativo tendente a conferir proteção aos dados pessoais é, incontestavelmente, necessário e salutar.

3. Breve análise sobre a LGPD

De início, vale destacar que a LGPD – Lei nº 13.709/18 – foi elaborada com a finalidade de dispor sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoas naturais ou pessoas jurídicas de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural. Essa finalidade, aliás,

2 SCHWAB, Klaus. A quarta revolução industrial. Tradução: Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016. p. 16, 23-33.

3 COMISSÃO DE ASSUNTOS ECONÔMICOS DO SENADO FEDERAL. Parecer. Brasília: Senado Federal, 2018. p. 6-8. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7751566&ts=1534796215492&disposition=inline&ts=1534796215492>. Acesso em: 22 dez. 2020. p. 6.

4 PINHEIRO, Patrícia Peck. Proteção de dados pessoais: comentários à Lei n. 13.709/2018 (LGPD). São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 50.

5 COMISSÃO DE ASSUNTOS ECONÔMICOS DO SENADO FEDERAL. Parecer. Brasília: Senado Federal, 2018. p. 6, 8. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7751566&ts=1534796215492&disposition=inline&ts=1534796215492>. Acesso em: 22 dez. 2020.

encontra-se insculpida no caput do artigo 1º da citada lei.

Com efeito, a LGPD se encontra alicerçada em diversos fundamentos, todos elencados no seu artigo 2º. Tais fundamentos são: (i) o respeito à privacidade; (ii) a autodeterminação informativa; (iii) a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião; (iv) a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem; (v) o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação; (vi) a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e (vii) os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais.

Além disso, a teor do que dispõe o artigo 6º da referida lei, as atividades relacionadas ao tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e um rol de outros princípios, quais sejam: (i) finalidade, para que os dados sejam tratados para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular; (ii) adequação, ou seja, os dados devem ser tratados conforme as finalidades informadas ao titular; (iii) necessidade, na medida em que os dados devem ser tratados com limites balizados pelo mínimo necessário para a realização de suas finalidades; (iv) livre acesso, garantindo-se, aos titulares, consulta facilitada e gratuita sobre a forma e a duração do tratamento, bem como sobre a integralidade de seus dados pessoais; (v) qualidade dos dados, para garantir, aos titulares, exatidão, clareza, relevância e atualização dos dados, de acordo com a necessidade e para o cumprimento da finalidade de seu tratamento; (vi) transparência, com a garantia, aos titulares, de informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial; (vii) segurança, mediante a utilização de medidas técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão; (viii) prevenção, isto é, adoção de medidas para prevenir a ocorrência de danos em virtude do tratamento de dados pessoais; (ix) não discriminação, não podendo os dados serem tratados para discriminatórios ilícitos ou abusivos; e (x) responsabilização e prestação de contas, por intermédio da demonstração, pelo agente, da adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais e, inclusive, da eficácia dessas medidas.

Desta feita, se anteriormente os controladores⁶ de dados não justificavam a coleta e nem possuíam mecanismos claros no tocante ao armazenamento, compartilhamento, uso, consentimento e, até mesmo mecanismos relacionados ao pedido de eventual revogação de consentimento pelo titular dos dados, a partir da LGPD, tais controladores deveram revisar e ajustar seus termos de uso e políticas de privacidade, de forma que fiquem em consonância com os princípios indicados.⁷

Mas, afinal, quais dados pessoais a LGPD visa proteger?

Em primeiro lugar, aludida lei classifica os dados em três modalidades: (i) dado pessoal; (ii) dado pessoal sensível; e (iii) dado anonimizado.

6 Para fins da LGPD (art. 5º, VI), controlador é a pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais.

7 SANTOS, Fabíola Meira de Almeida; TALIBA, Rita. Lei geral de proteção de dados no Brasil e os possíveis impactos. *Revista dos Tribunais*, v. 998, p. 225-239, dez. 2018. p. 227.

O dado pessoal é a informação relacionada à pessoa natural identificada ou identificável. Exemplos de dados pessoais são nome, documentos (RG, CPF, CNH), endereço, estado civil, idade.

A seu turno, o dado pessoal sensível é aquele que faz referência à origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou à organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural.

O dado anonimizado, por sua vez, é relativo a titular que não possa ser identificado, considerando a utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis na ocasião de seu tratamento.

Convém mencionar que a LGPD disciplina a proteção aos dados pessoais, incluindo os dados pessoais sensíveis, não se aplicando, entretanto, aos dados anonimizados.

Em termos de abrangência, a LGPD se aplica a qualquer operação de tratamento⁸ de dados realizada por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, independentemente do meio, do país de sua sede ou do país onde estejam localizados os dados, desde que: (i) a operação de tratamento seja realizada no território nacional; (ii) a atividade de tratamento tenha por objetivo a oferta ou o fornecimento de bens ou serviços ou o tratamento de dados de indivíduos localizados no território nacional; ou (iii) os dados pessoais objeto do tratamento tenham sido coletados no território nacional.

De resto, ponto que merece reflexão diz respeito à existência, no texto da LGPD, de termos e expressões de caráter subjetivo ou aberto, a exemplo dos princípios, da legítima expectativa ou legítimo interesse. Nessa situação, doutrinadores e juízes terão a sua frente o desafio de interpretar e aplicar a lei com equilíbrio de forma a, de um lado, garantir o respeito à privacidade do titular e, de outro lado, não prejudicar a economia brasileira.⁹

Obviamente, não é pretensão desse trabalho esgotar o estudo da LGPD em toda a sua extensão, mas tão somente trazer a lume as suas principais disposições, visando a um melhor entendimento do alcance da lei à proteção de dados pessoais no Brasil, principalmente no que se refere à Administração Tributária, foco do item seguinte.

4. A proteção de dados pessoais pela Administração Tributária no Brasil

Trasladando a temática da proteção de dados pessoais para a esfera do Poder Público, aí incluídos os órgãos responsáveis pela administração tributária federal, estadual e municipal, verifica-se que a LGPD trata especificamente da questão no artigo 7º, inciso III, ao dispor que o tratamento e o uso compartilhado de dados

⁸ Para os fins da LGPD (art. 5º, X), tratamento de dados corresponde à toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração.

⁹ OLIVEIRA, Ricardo Alexandre de. Lei geral de proteção de dados pessoais e seus impactos no ordenamento jurídico. Revista dos Tribunais, v. 998, p. 241-261, dez. 2018. p. 248.

peçoais somente poderá ser realizado pela administração pública, desde que necessários à execução de políticas públicas previstas em leis e regulamentos ou respaldadas em contratos, convênios ou instrumentos congêneres.

Mais adiante, o artigo 23, da referida lei, dispõe que o tratamento de dados peçoais pelas peçoas jurídicas de direito público, referidas no parágrafo único do artigo 1º da Lei nº 12.527/2011¹⁰ (Lei de Acesso à Informação), deverá ser realizado para o atendimento de sua finalidade pública, na persecução do interesse público, com o objetivo de executar as competências legais ou cumprir as atribuições legais do serviço público.

Pois bem. É notório que, há tempos, a Administração Tributária vem direcionando maciços investimentos para a informatização dos sistemas de prestação e controle de informações tributárias. O exemplo mais cabal de tal iniciativa foi o lançamento, em 2007, do Sistema Público de Escrituração Digital (SPED).

Com a modernização da sistemática do cumprimento das obrigações acessórias, o SPED, por intermédio de seus diversos módulos, tem por finalidade: (i) promover a integração dos fiscos, mediante a padronização e compartilhamento das informações contábeis e fiscais; (ii) racionalizar e uniformizar as obrigações acessórias para os contribuintes, com o estabelecimento de transmissão única de distintas obrigações acessórias de diferentes órgãos fiscalizadores; e (iii) tornar mais célere a identificação de ilícitos tributários.

Desse modo, é de se ressaltar que o SPED congrega dados, tanto de peçoas jurídicas, como de peçoas físicas, que sejam de interesse da Administração Tributária para a realização de seu mister de controle e fiscalização.

Como ensina Luciana Ibiapina Lira Aguiar, “em vários blocos do SPED, assim como na própria NF-e, dados cadastrais de clientes e fornecedores, além dos próprios dados dos contribuintes são exigidos e eles são utilizados como parâmetros de cruzamento e testes de conformidade”¹¹.

Contudo, no que concerne ao tratamento de dados peçoais pelo Poder Público, incluindo-se nesse escopo a Administração Tributária, o manto protetivo da LGPD não atinge os dados pertencentes às peçoas jurídicas, protegendo apenas os dados peçoais, isto é, os dados pertencentes às peçoas naturais ou físicas.

Nessa perspectiva, é amplo o leque de dados peçoais, oriundos de peçoas físicas ou naturais, que são incluídos e trafegam tanto pelos módulos do SPED, quanto de outros sistemas digitais fiscais.

Exemplificativamente, cite-se (i) a Nota Fiscal do Consumidor eletrônica (NFC-e) que traz diversos dados do consumidor, tais como o seu CPF, a descrição do bem

10 Art. 1º Esta Lei dispõe sobre os procedimentos a serem observados pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, com o fim de garantir o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal.

Parágrafo único. Subordinam-se ao regime desta Lei:

I - os órgãos públicos integrantes da administração direta dos Poderes Executivo, Legislativo, incluindo as Cortes de Contas, e Judiciário e do Ministério Público;

II - as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

11 AGUIAR, Luciana Ibiapina Lira. Compliance e a implementação de deveres instrumentais. In: CARVALHO, Paulo de Barros (coord.). Compliance no direito tributário. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 105.

adquirido, a data de sua aquisição, o valor pago e o estabelecimento onde a compra foi realizada; (ii) a Escrituração Contábil Fiscal (ECF) que congrega informações sobre os sócios, titulares, dirigentes e conselheiros de pessoas jurídicas, inclusive quanto à remuneração por eles recebida; (iii) a Escrituração Fiscal Digital que, para fins de apuração de ICMS e IPI, contém dados pessoais de fornecedores e adquirentes, além de informações sobre as operações mercantis realizadas; (iv) o e-Social, com dados relativos a direitos trabalhistas e previdenciários; (v) a Declaração de Imposto de Renda da Pessoa Física (DIRPF), com uma extensa quantidade de dados pessoais, incluindo informações sensíveis como ser o contribuinte portador de moléstia grave; (vi) a Declaração do Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doações (ITCMD); (vii) a Declaração de transações imobiliárias do Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis (ITBI) e (viii) a Declaração de Capitais Brasileiros no Exterior (DCBE).¹²

Além dos dados pessoais coletados por intermédio dos sistemas acima elencados, o Código Tributário Nacional (CTN), na forma prevista do artigo 199¹³, também prevê o compartilhamento ou permuta de informações entre os entes tributantes.

Nessa senda, a crescente utilização de ferramentas tecnológicas digitais pelos governos acaba por suscitar questões relacionadas à legitimidade do processamento de dados pessoais, a sua reutilização em contextos diversos daqueles da coleta inicial e, igualmente, em relação à necessidade de transparência para o cidadão.¹⁴

Ainda que se diga que os dados pessoais contidos nos diferentes sistemas digitais tributários, bem como o compartilhamento de informações entre os diferentes órgãos da Administração Tributária, já estejam sujeitos ao sigilo fiscal previsto no artigo 198¹⁵, do CTN, assinala-se que tais dados igualmente se submetem às regras da LGPD, o que torna o Poder Público, por conseguinte, sujeito às obrigações e sanções aí previstas.

Por assim dizer, o tratamento dos dados pessoais pelo Poder Público é certamente tema de suma importância e um campo fértil de desafios, mormente no que tange à prevenção de riscos quanto à indevida e ilegal utilização de tais dados.

Nesse sentido, além das obrigações de sigilo e privacidade já estabelecidas no CTN, cabe à Administração Tributária, nos níveis federal, estadual e municipal, se adequar à LGPD, adotando salvaguardas e medidas altamente protetivas e transparentes, que resguardecem os dados pessoais que lhe são submetidos.

12 TAKANO, Caio Augusto. Compliance tributário e os impactos da lei geral de proteção de dados – LGPD na proteção de dados dos contribuintes. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MARTINS, Rogério Vidal Gandra da Silva (coord.). Compliance no direito tributário. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 351-353.

13 Art. 199. A Fazenda Pública da União e as dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios prestar-se-ão mutuamente assistência para a fiscalização dos tributos respectivos e permuta de informações, na forma estabelecida, em caráter geral ou específico, por lei ou convênio.

Parágrafo único. A Fazenda Pública da União, na forma estabelecida em tratados, acordos ou convênios, poderá permutar informações com Estados estrangeiros no interesse da arrecadação e da fiscalização de tributos.

14 WIMMER, Miriam. O regime jurídico do tratamento de dados pessoais pelo poder público. In: BIONI, Bruno et al. (coord.). Tratado de proteção de dados pessoais. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 296.

15 Art. 198. Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades.

5. Considerações finais

O tráfego e o intercâmbio de dados e informações são fatos inexoráveis nos dias atuais, que reclamam a devida proteção, a fim de que o sigilo e a privacidade sejam preservados.

Por essa razão, em que pese alguns pontos merecerem melhoria, a LGPD é salutar, necessária e muito bem-vinda ao corpo normativo brasileiro.

Sob o prisma tributário, a digitalização dos deveres instrumentais ou obrigações acessórias implica na imperiosa necessidade de se proteger os dados pessoais que ficam sob a guarda da Administração Tributária.

Ainda que o CTN contenha regras disciplinando a proteção de dados e o sigilo fiscal, o advento da LGPD trouxe um conjunto normativo de maior robustez e amplitude, inclusive no que concerne ao estabelecimento de obrigações e à aplicação de sanções.

Por essa razão, a LGPD deve ser vista como um instrumento útil na proteção dos dados da pessoa natural ou física submetidos à Autoridade Tributária, a quem incumbirá adotar todas as cautelas legalmente exigíveis.

Referências

AGUIAR, Luciana Ibiapina Lira. Compliance e a implementação de deveres instrumentais. In: CARVALHO, Paulo de Barros (coord.). Compliance no direito tributário. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 93-125.

BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm. Acesso em: 20 dez. 2020.

COMISSÃO DE ASSUNTOS ECONÔMICOS DO SENADO FEDERAL. Parecer. Brasília: Senado Federal, 2018. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7751566&ts=1534796215492&disposition=inline&ts=1534796215492>. Acesso em: 22 dez. 2020.

OLIVEIRA, Ricardo Alexandre de. Lei geral de proteção de dados pessoais e seus impactos no ordenamento jurídico. Revista dos Tribunais, v. 998, p. 241-261, dez. 2018.

PINHEIRO, Patrícia Peck. Proteção de dados pessoais: comentários à Lei n. 13.709/2018 (LGPD). São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SANTOS, Fabíola Meira de Almeida; TALIBA, Rita. Lei geral de proteção de dados no Brasil e os possíveis impactos. Revista dos Tribunais, v. 998, p. 225-239, dez. 2018.

SCHWAB, Klaus. A quarta revolução industrial. Tradução: Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016.

TAKANO, Caio Augusto. Compliance tributário e os impactos da lei geral de proteção de dados – LGPD na proteção de dados dos contribuintes. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MARTINS, Rogério Vidal Gandra da Silva (coord.). Compliance no direito tributário. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 347-374.

WIMMER, Miriam. O regime jurídico do tratamento de dados pessoais pelo poder público. In: BIONI, Bruno et al. (coord.). Tratado de proteção de dados pessoais. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 282-299.

Consumidor.gov e a implementação de odrs no sistema de resolução de disputas brasileiro: contexto, regulação e propostas

Consumidor.gov and the implementation of ODRs in the Brazilian dispute resolution system: context, regulation and proposals.

Kareline Staut de Aguiar¹

Edson Antônio Sousa Pontes Pinto²

Sumário: 1. Aspectos relativos à ODR; 1.1. A regulamentação da ODR no Brasil: das leis aos regramentos internos dos tribunais; 2. Plataforma Consumidor.gov; 2.1. Forma de uso da plataforma e dados estatísticos coletados; 2.2 Consumidor.com e outras plataformas com processos de ODR no Brasil e no mundo; 3. Considerações Finais.

Resumo: O presente trabalho tem por objetivo verificar de que forma o uso de mecanismos de ODR (Online Dispute Resolution) podem ser usados pelo Poder Judiciário brasileiro como política pública, a fim de otimizar a resolução de disputas no Brasil e facilitar o acesso à justiça. A pesquisa aborda sobre a regulamentação da ODR no Brasil e foca em medidas para agilizar o processo, bem como para reduzir os atrasos acumulados, além de propor um inventário dos diversos meios que permitam uma liquidação mais rápida e litígio eficaz, reduzindo a carga sobre o sistema de justiça, de modo a promover o desenvolvimento de um consenso com as partes interessadas. O número de consumidores que buscam os órgãos administrativos (PROCONS) para resolução de conflito vem aumentando, de igual modo, o número de processos que chegam ao Poder judiciário Brasileiro é cada vez maior, e grande parte desses processos versam sobre relações de consumo. O presente artigo apresenta, ainda, aspectos relevantes sobre a plataforma do Consumidor.gov e a implementação de ODRs no sistema de resolução de disputas brasileiro, abordando o contexto, a regulação e importantes propostas. Além disso, traz uma análise crítica desse portal do consumidor e suas sugestões de implementação, bem como soluções para otimização desta plataforma, maior acessibilidade, abrangência e massificação, buscando diminuir consideravelmente as demandas e a sobrecarga do judiciário com maior eficácia.

Palavras-chave: Online Dispute Resolution (ODR); Direito do Consumidor; Direito Administrativo; e-government; mediação de conflitos; acesso à justiça.

Abstract: The present work aims to verify how the use of ODR (Online Dispute Resolution) mechanisms can be used by the Brazilian Judiciary as a public policy, in order to optimize the resolution of disputes in Brazil and facilitate access to justice. The research addresses ODR regulation in Brazil and focuses on measures to streamline the process, as well as to reduce accumulated delays, in addition to proposing an inventory of the various means that allow for faster settlement and effective litigation, reducing the burden on justice system in order to promote the development of consensus with stakeholders. The number of consumers who seek administrative bodies (PROCONS) for conflict resolution has been increasing, in the same way, the number of cases that reach the Brazilian Judiciary is increasing, and most of these processes deal with consumer relations. This article also presents relevant aspects about the Consumidor.gov platform and the implementation of ODRs in the Brazilian dispute resolution system, addressing the context, regulation and important proposals. In addition, it brings a critical analysis of this consumer portal and its implementation suggestions, as well as solutions for optimizing this platform, greater accessibility, scope and massification, seeking to considerably reduce the demands and overload of the judiciary with greater efficiency.

Keywords: Online Dispute Resolution (ODR); Consumer Law; Administrative Law, E-government; Conflict mediation; Access to Justice.

¹ Advogada e Publicitária. Especialista em Direito do Trabalho (EBRADI - UNA). Mestranda em Direito Europeu e Comparado da Universidade Portucalense (UPT). Pós-graduada em Direito Público, GovTech e RegTech (NewLaw – Uniftec). Especialista em Marketing (PUC-MG) e em administração de empresas (FGV-MG). Certificação em Visual Law (FutureLaw), Direito Digital e Proteção de Dados (PUC-SP). Pesquisadora em Visual Law e Legal Design pelo grupo de pesquisa VISULAW. Formação em Marketing Digital - UDACITY - Vale do Silício. Criadora da plataforma jurídica digital JURIS 4.0. Marketing Manager Porto Velho LegalHackers. E-mail: contato@juris4-0.com.br

² Mestre em Direito Constitucional e Processual Tributário (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo); Bacharel em Direito (Pontifícia Universidade Católica do Paraná); Especialista em Processo Civil (Universidade Anhanguera); Cursando MBA em Gestão Tributária (Universidade Estácio de Sá); Presidente da Comissão de Assuntos Legislativos da OAB/RO (2016-2018); Presidente da Comissão de Estudos Tributários da OAB/RO (2013-2015); Membro do Comitê Brasileiro de Arbitragem (CBar); e Membro da Associação Brasileira de Direito e Economia (ABDE). Membro da Associação Brasileira de Direito Tributário (ABRADT). Professor da Faculdade Católica de Rondônia. Coordenador dos Grupos de Estudo “Direito Tributário: linhas gerais” e “Livres para escolher: Debatendo as ideias de Milton Friedman”; Advogado sócio-fundador do Escritório Pontes Pinto e Pignaneli Sociedade de Advogados – DPLAW. E-mail: edson@dplaw.com.br

1. Aspectos relativos à ODR

No ano de 1976, em seu discurso na Pound Conference em Harvard, o professor Frank Sander apresentou ao direito norte-americano a ideia posteriormente intitulada Multidoor Courthouse System (Justiça/Tribunal Multiportas)³. Esse dispositivo visou disponibilizar à população os métodos alternativos de resolução de conflitos ou ADRs (alternative dispute resolution). Assim, cada conflito existente era encaminhado para uma triagem a fim de identificar a “porta” (ou método) mais adequado para o seu tratamento, possibilitando que a controvérsia fosse sanada com celeridade e com menor impacto para as partes, visando à pacificação social e impedindo a propositura de novas demandas relacionadas àquele conflito.

Além da adoção de métodos de solução de conflitos presenciais, surgiram também métodos online de resolução de conflitos, conhecidos também como ODR (ODR pode ser considerado espécie do gênero ADR). Assim, o modelo Online Dispute Resolution (ODR)⁴ vem sendo aplicado com sucesso nos Estados Unidos e em parte da Europa, sobretudo em demandas consumeristas. É possível dizer que a ODR figurou como um “outro caminho” para atingir a “porta” da ADR, e consiste em um instrumento auxiliar e ampliativo às ADRs por meio do uso da tecnologia de informação e da comunicação, mas o fato é que a tecnologia possibilitou a criação de novos ambientes a partir da utilização de novos tipos de comunicação on-line⁵. A ODR busca tornar todo celular móvel um ponto de acesso à justiça, com algoritmos, direcionando os casos de forma dinâmica para centenas ou milhares de “portas” virtuais disponíveis para direcionar cada desacordo a um fórum especificamente criado e apropriado para a solução⁶.

Em 2013, a União Europeia promulgou duas leis destinadas a tornar a resolução de disputas mais fácil para os consumidores: a Diretiva 2013/2011, relativa à resolução alternativa de litígios (“Diretiva ADR”), e o Regulamento 524/2013, sobre resolução de disputas online para litígios de consumo (“Regulamento ODR”). Nos termos do Regulamento ODR, em julho de 2015, foi criada a Plataforma de Resolução de Disputas Online para a União Europeia (“Plataforma ODR”). Nela as queixas podem ser realizadas eletronicamente e gratuitamente em todas as línguas oficiais da União Europeia, e a Plataforma ODR, posteriormente, transmite as reclamações online à entidade ADR competente para lidar com a disputa específica. Uma vez que o consumidor e o fornecedor concordam com o método a ser utilizado (mediação, conciliação ou arbitragem) e com a entidade de ADR para resolver o conflito, a plataforma transfere automaticamente a demanda à entidade, que corresponderia à terceira fase. Finalmente, a entidade de ADR lida com o caso exclusivamente por meio digital e chega a um resultado em até 90 dias⁷.

Esta ferramenta da Comissão Europeia, até o momento, parece ter conseguido

3 SANDER, 1979, pp. 65-87

4 Jeretina, U. (2018). Consumer Online Dispute Resolution (ODR) – A Mechanism for Innovative E-governance in EU. *Central European Public Administration Review*, 16(2), pp. 45-67

5 MARQUES, 2019, p. 03

6 RULE, 2019, p. 26

7 Disponível em: <https://ec.europa.eu/consumers/odr/main/index.cfm?event=main.home2.show&lng=PT>. Acessado em 07.12.2020

atingir seu objetivo: fomentar um comércio online mais seguro e justo para consumidores e comerciantes, ao fornecer um mecanismo de resolução de litígios de qualidade, confidencial, célere e disponível em 25 línguas. Além de permitir que as pessoas saibam seus direitos de forma mais clara. Esse, talvez, seja um sistema interessante a ser aplicado no Brasil, pois os sites dos tribunais brasileiros são feitos para quem tem domínio da linguagem jurídica, não sendo acessível para a maioria da população. Os termos utilizados deveriam ser mais objetivos, como, por exemplo, a criação de um módulo de perguntas e respostas (FAQ) ou mesmo a utilização de técnicas de Legal Design e Visual Law (uso de elementos visuais estratégicos em documentos jurídicos focados no usuário) para facilitar a compreensão das informações, a fim de trazer mais clareza ao jurisdicionado e fomentar o acordo já na fase inicial do litígio.

1.1. A regulamentação da ODR no Brasil: das leis aos regramentos internos dos tribunais

No contexto brasileiro, altamente afetado pelo fenômeno do demandismo e da judicialização em massa, fez-se necessária a implementação de medidas que visassem a diminuição de demandas e solucionassem os conflitos de maneira efetiva. Foi nessa celeuma que nasceram os métodos alternativos de conflitos, regulados pelo Código de Processo Civil Brasileiro e também por legislações próprias, como as leis 9.307/1996 e 13.129/2015, disciplinadoras da arbitragem. Destaque ainda para a Lei Marco de Mediação (13.140/2015). Inolvidável a instituição da mediação judicial por meio da nova regulamentação promovida pelo atual Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015)⁸.

Apesar dos instrumentos tecnológicos terem surtido bons resultados nos últimos anos, não se pode afirmar que constituem autênticos elementos incorporadores das técnicas de Online Dispute Resolutions no Brasil, haja vista que os mecanismos digitais não foram utilizados como sujeito na relação jurídico-processual nem mesmo durante o período de afastamento social devido a ocorrência da pandemia da Covid-19. No ano de 2020, a suspensão das atividades presenciais do Judiciário brasileiro provocou uma alta demanda de conexão via internet para a manutenção dos serviços extrajudiciais e judiciais. Essa carência evidenciou a maior das mazelas brasileiras: a desigualdade, já que nem todos possuem acesso à rede. Quando essa dessemelhança social afeta o conflito, há uma imediata reação em cadeia: torna uma das partes economicamente vulnerável e impede a ministração adequada da prestação jurisdicional, maculando o acesso à justiça. Assim, com a disseminação de novos métodos de resolução de conflitos, criam-se também alguns óbices, como os de ordem tecnológica, pacote de dados, locais apropriados para acesso e lugares adequados para a participação em audiências. Neste sentido, dados disponibilizados em abril de 2020 pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE)⁹ destacam que 20,9% da população brasileira não tem internet em seu domicílio.

8 LEMES, Selma. Arbitragem na Administração Pública. Fundamentos jurídicos e Eficiência Econômica. São Paulo: Quartier Latin, 2007a. p. 59

9 IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e estatística. Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua - PNAD Contínua, 2018. [online]. Disponível em: <<https://cutt.ly/dyg3d7F>>. Acesso em: 06/11/2020

Lado outro, em verdade, o funcionamento do Poder Judiciário, no atual contexto vivenciado em razão da Covid-19, seria inconcebível sem a implementação da tecnologia, que se estende por todo o iter procedimental, desde a propositura da ação eletronicamente até seu julgamento em sessões virtuais. À lista interminável de facilidades proporcionadas, soma-se agora a possibilidade de autocomposição online, garantida pela recente Lei nº. 13.994/20, que alterou em parte a Lei nº 9.099/95 (arts. 22 e 23), autorizando a conciliação não presencial (ou seja, virtual) no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis (art. 22, § 2º). Além disso, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) aprovou, em outubro de 2020, a Resolução nº 345, que autoriza os tribunais brasileiros a adotarem o “Juízo 100% Digital”¹⁰, que é a possibilidade de o cidadão valer-se da tecnologia para ter acesso à Justiça sem precisar comparecer fisicamente aos Fóruns. Assim, todos os atos processuais serão praticados exclusivamente por meio eletrônico e remoto, através da internet. Entretanto, ressalta-se que não se classificam como ODR’s (tratam-se, pois, de simples substituição da via física pela virtual, não classificada como ODR¹¹, uma vez que a tecnologia não possuirá o potencial de interferir na dinâmica do conflito, mas sim como ponte de conexão entre os envolvidos).

2. Plataforma Consumidor.gov

Para acompanhar a tendência mundial e diminuir a sobrecarga do Poder Judiciário brasileiro, o Ministério da Justiça, por meio da Secretaria Nacional do Consumidor (SENACON)¹², lançou, em 2014, a plataforma de negociação online Consumidor.gov.br. O serviço é gratuito e permite a interlocução direta entre consumidores e empresas para solução consensual de conflitos de consumo.

O levantamento no Brasil feito pelo Justiça em Números 2020, publicação anual do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) sobre os trabalhos do Poder Judiciário, indica um total quase 80 milhões de processos em discussão no País. Desse total, 30% está diretamente relacionado ao Código de Defesa do Consumidor (CDC), ou seja, envolvem algum ruído nas relações de consumo. Assim, o decreto nº 10.197, de 2 de janeiro de 2020¹³ altera o Decreto nº 8.573, de 19 de novembro de 2015, para estabelecer o Consumidor.gov.br como plataforma oficial da administração pública federal direta, autárquica e fundacional para a autocomposição nas controvérsias em relações de consumo. O Consumidor.gov.br não substitui o Serviço de Atendimento ao Consumidor (SAC) das empresas, o atendimento dos Procons ou, ainda, o serviço prestado pelos demais órgãos de defesa do consumidor. No entanto, é uma alternativa

¹⁰Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/10/WEB_cartilha_Juizo_100porcento_digital_v3.pdf. Acessado em: 07/12/2020

¹¹ AMORIM, Fernando Sérgio Tenório de. Resolução online de litígios (ODR) de baixa intensidade e seus reflexos no Direito Internacional Privado: uma análise da normatividade polissêmica das redes numéricas. Direito e Justiça: reflexões sócio jurídicas. Disponível em: <http://srvapp2s.santoangelo.uri.br/seer/index.php/direito_e_justica/article/view/2131>. Acesso em: 06 nov. 2020.

¹² TIMM, Luciano Benetti. Por um plano nacional de defesa dos direitos do consumidor. Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jan-22/luciano-timm-plano-defesa-direitos-consumidor>. Acesso em 06/11/2020

¹³ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10197.htm. Acessado em 06/11/2020

para o consumidor resolver seu problema diretamente com as empresas cadastradas na plataforma, possibilitando a resolução de conflitos de consumo de forma rápida e desburocratizada.

2.1. Forma de uso da plataforma e dados estatísticos coletados

Primeiramente, o consumidor verifica se a empresa contra a qual quer reclamar está cadastrada no site. Então, registra a reclamação e a empresa tem até dez dias para analisar e responder. Em seguida, o consumidor tem até 20 dias para comentar e classificar a resposta da empresa. É preciso informar se a reclamação foi resolvida ou não e ainda indicar o nível de satisfação com o atendimento recebido.

Os setores que receberam mais reclamações no ano de 2018¹⁴ foram as operadoras de telecomunicação, com 245.609 reclamações (40,3%), os bancos, financeiras e Administradoras, com 134.056 reclamações (22,0%), os bancos de dados e cadastros de consumidores, com 63.849 reclamações (10,5%), o comércio eletrônico, com 52.033 reclamações (8,5%) e o transporte aéreo, com 28.661 reclamações (4,7%).

Os grupos de problemas que foram objeto de reclamações em 2018 foram cobrança e contestação, com 256.003 reclamações (42,0%), contrato e oferta, com 101.593 reclamações (16,7%), vício de qualidade, com 81.697 reclamações (13,4%), atendimento, com 70.024 reclamações (11,5%), informação, com 68.465 reclamações (11,2%), entrega do produto, com 28.673 reclamações (4,7%) e saúde e segurança, com 3.179 reclamações (0,5%).

Analisando os dados por segmento de mercado, os problemas relacionados à cobrança são os mais frequentes nos segmentos de operadoras de telecomunicações (49,4%) e bancos, financeiras e cartões (63,2%). Já nos bancos de dados e cadastros de consumidores, a maior quantidade de reclamações foi relacionada à informação (91,8%) e ao comércio eletrônico com a entrega de produtos (39,4%)¹⁵.

Do total de reclamações, 99,3% foram respondidas pelas empresas e o tempo médio de resposta foi de 6,4 dias, números muito próximos aos do ano anterior (em 2017, a média foi de 99,5% de respostas e de 6,3 dias), o que demonstra que o Portal do Consumidor é um serviço que está sendo usado pelas empresas que aderiram ao sistema de resolução de disputas online do Governo Federal.

Para diminuir a judicialização de conflitos entre consumidores e empresas, em outubro de 2019, o Ministério da Justiça e Segurança Pública, por meio da Secretaria Nacional do Consumidor e o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), lançou o projeto-piloto de integração da plataforma Consumidor.gov.br ao Processo Judicial Eletrônico (PJe – plataforma desenvolvida pelo CNJ e utilizado pela maioria dos tribunais de Justiça para a tramitação de processos judiciais). A iniciativa visa facilitar a conciliação e a mediação de acordos, sem que as partes ingressem com ações junto ao Poder Judiciário. O objetivo é que o consumidor que desejar processar judicialmente uma empresa, com base no Código de Defesa do Consumidor (CDC), terá a oportunidade

¹⁴ Números oficiais do Portal do Consumidor, disponível em: <https://www.consumidor.gov.br/pages/publicacao/externo/> Acesso em 06/11/2020.

¹⁵ Disponível em: <https://brasilemsintese.ibge.gov.br/servicos.html>. Acessado em 06/11/2020

de compor uma conciliação por meio do Portal do Consumidor, antes de ingressar efetivamente com uma ação na Justiça. Caso não haja o acordo extrajudicial online, o processo segue o trâmite normalmente, desde que o autor faça a devida avaliação se o seu conflito foi resolvido ou não até o final do prazo do atendimento na plataforma Consumidor.gov, sob pena de extinção do seu processo no PJe por abandono de causa. Isso ainda daria muita visibilidade ao Consumidor.gov.br e alavancaria seu acesso e utilização em massa.

Entretanto, esse projeto ainda está a passos lentos, de modo que ainda não houve aderência, em massa, por parte dos tribunais locais. Dos quase 80 milhões de processos na Justiça registrados em 2019¹⁶, 12,5% deles foram solucionados por meio da conciliação. O Consumidor.gov.br não faz parte dessa contagem, visto que, até então, ainda atua fora da estrutura do Judiciário.

Em decorrência da pandemia da Covid-19, e com foco na prevenção do agravamento dos conflitos de consumo que eventualmente não possam ser superados adequadamente em razão da necessidade da imposição do isolamento social, foi editada a Portaria nº 15, de 27 de março de 2020¹⁷, que tornou obrigatória a participação de alguns poucos grupos de empresas no Consumidor.gov.br.

2.2 Outras plataformas de ODR no Brasil e no mundo

Em geral, o ODR (Resolução de disputas online) pode ser realizada de várias formas, como negociação, mediação ou arbitragem online. Nos meios tecnológicos usados para implementar existem muitas possibilidades: chat, e-mail, videoconferência, plataformas. Assim, é permitido que os usuários resolvam suas disputas todos os dias da semana, a qualquer hora do dia ou da noite.

Algumas plataformas de vendas online contam com o ODR de seus processos internos para permitir a resolução dos seus litígios com os consumidores, como por exemplo o Ebay, Aliexpress, Wish e Mercado Livre. Todavia, com relação aos processos ODRs integrados aos serviços de justiça é possível mencionar casos como o da Noruega que testou a plataforma ODR Rechtwijzer¹⁸, por meio da qual litigantes podem tentar encontrar uma solução para um problema jurídico em questões família, consumidor ou cobrança de dívidas. Já o Tribunal de Resolução Civil do British Columbia (Civil Resolution Tribunal - CRT), cuja operação é descrita como um exemplo do sistema Multi-Door (Multiportas), é fácil de usar e seu conteúdo é claro e acessível¹⁹. Em Nevada, há a plataforma MODRIA, que é recomendada por alguns tribunais para facilitar o processo de mediação familiar. Outros exemplos

16 Conselho Nacional de Justiça – CNJ (2020). Justiça em Números – 2020 (Ano-base 2019). Brasília. Available at: www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros (last access on 10 December 2020).

17 Disponível em: <https://www.in.gov.br/web/dou/-/portaria-n-15-de-27-de-marco-de-2020-250710160>. Acesso em 10/12/2020

18 LA JUSTICE AU TEMPS DE LA COVID-19, 15 juin 2020, Me Catherine Piché, Me Shana Chaffai-Parent https://iqrj.ca/projets/rapport_projet_2.pdf?fbclid=IwAR3vmWNHvqbjT80qSArxsWSKZAXpo5-S4f_srIMUJZhZx1IE6xdg20VofY

19 Paul Embley, Catherine Lawrence, Justice and Fast Technological Shift – Canada and USA Situation, webinar, Laboratoire de cyberjustice de l'Université de Montréal, 21 mai 2020, en ligne : <<https://www.cyberjustice.ca/2020/05/14/justice-fast-technological-shift/>>.

podem ser citados, como a plataforma de coleta de pequenas somas Money Claim Online, na Inglaterra²⁰. Há, também, a Plataforma Mahnverfahren, na Alemanha, voltada para pequenas causas, e, ainda, a Plataforma Elektronischer Rechtsverkehr na Áustria²¹. Além da plataforma PARLe²², no Canadá. Aliás, um precedente de extrema importância para a estruturação da ODR no Brasil foi este Projeto PARLe, patrocinado pelo Laboratoire de Cyberjustice do Centre de Recherches en Droit Public da Universidade de Montréal, localizada na província de Quebec, no Canadá²³.

No Brasil, já é possível encontrar algumas plataformas virtuais privadas, como a Reclame Aqui, a Sem Processo, a eConciliar, a eConciliador, a Vamos Conciliar, a JusPro, Justto, Concilie e a Juster. Além da plataforma do Governo, a Consumidor.gov. No entanto, há o fato de nem todas essas plataformas serem exatamente de ODR, mas apenas canais online de negociações, e ainda se verifica uma baixa adesão a elas, no país. Atualmente, há uma parceria entre o Tribunal de Justiça de São Paulo e a plataforma Juspro²⁴, em que pessoas físicas e empresas encaminham suas demandas através do site (formulário ou chat) ou do aplicativo para dispositivos móveis (app) para a Juspro, que agendará uma audiência com a participação de um mediador ou conciliador. Se a solução for encontrada, o acordo é celebrado e um processo judicial é evitado. A solução (acordo), posteriormente, será homologada pelo Poder Judiciário.

3. Conclusão: Análise crítica da plataforma Consumidor.gov e propostas de implementação

Um importante questionamento sobre o uso da plataforma ODR do Consumidor.gov é como seria possível fomentar e aumentar o acesso e aderência da população e de empresas ao portal. No que tange aos fornecedores, consoante aos “Termos de uso Consumidor.gov.br”, somente empresas previamente cadastradas podem receber, responder e resolver reclamações de consumidores no sistema. Assim, a fim de viabilizar o atendimento de todas as reclamações, o cadastramento das empresas que atuam no mercado de consumo na plataforma deveria ser obrigatório a todas as empresas que possuem requisitos necessários para integrarem-se ao portal, considerando que o artigo 4º, incisos III e V, do Código de Defesa do Consumidor²⁵.

É necessário ainda um aprofundamento dos debates acerca do acesso ao Consumidor.gov. Essa discussão deve abarcar todo o Sistema Nacional de

20 Marco Velicogna, “Electronic Access to Justice: From Theory to Practice and Back” (2011) 61-1 Droit & Culture 1, Justice Dory Reiling, “Understanding IT for Dispute Resolution”, (2011) 3-2 Intl J Court Administration 34, et Marco Fabri et Giampiero Lupo, Some European and Australian E-Justice Services, Document de travail n°1, Laboratoire de Cyberjustice, 19 octobre 2012, en ligne : . Voir également Alexandre Thibeault, Online Dispute Resolution for Low Value Civil Claims, 18 février 2015, Document de travail n°12, en ligne:

21 Erwin J. Rooze, “Differentiated Use of Electronic Case Management Systems”, (2010) 3-1 Intl J for Court Administration 51, Justice Dory Reiling, “Understanding IT for Dispute Resolution”, (2011) 3-2 Intl J Court Administration 34, Marco Velicogna, “Electronic Access to Justice: From Theory to Practice and Back” (2011) 61-1 Droit & Culture 1, et Marco Fabri et Giampiero Lupo, Some European and Australian E-Justice Services, Document de travail n°1, Laboratoire de Cyberjustice, 19 octobre 2012, en ligne

22 <https://www.opc.gouv.qc.ca/a-propos/parle/>

23 AMORIM, p.12, 2017

24 Disponível em: <https://juspro.com.br/como-funciona/> . Acessado em 10/12/2020

25 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm . Acesso em 10/12/2020

Defesa do Consumidor: desde Procons, Fórum Nacional dos Juizados Especiais (FONAJE), Conselho Nacional de Justiça (CNJ), tribunais, entidades civis de defesa do consumidor e mercado. Somente por meio de um pacto global de manutenção da essência da ferramenta federal é que se vislumbrará a efetiva e necessária popularização do Consumidor.gov.br e a consequente e desejada desjudicialização das relações de consumo. Outra proposta é de que, frustrada a negociação direta entre consumidor e empresa por meio do Consumidor.gov.br, alguma das partes possa solicitar que um conciliador faça a intermediação do conflito por meio chat na plataforma, Whatsapp, Skype, ou outro meio online, aumentando, assim, a possibilidade de acordo.

Lado outro, o Portal do Consumidor divide as reclamações finalizadas em três categorias: as resolvidas, as não resolvidas e as não avaliadas. Nessa tripartição, constam como resolvidas apenas 39,57%, como não resolvidas 19,19%, e como não avaliadas 41,25%. Contudo, se forem somadas as reclamações resolvidas com as não avaliadas²⁶ chega-se a 80,82%, o que corresponde exatamente à porcentagem que o balanço divulgado em 13-3-2017 está indicando como índice médio de resolução. Assim, ao contabilizar como resolvida uma reclamação que foi não avaliada, o portal acaba gerando indicadores que refletem um cenário mais positivo do que ele é de fato. Isso porque, embora uma reclamação que não foi avaliada ao final pelo consumidor possa ter sido resolvida, ela pode também não ter sido. Portanto, quanto à análise da resolutividade dos conflitos, identificou-se uma imprecisão no tratamento das informações sobre gestão eletrônica dos conflitos. Portanto, o correto seria a divulgação de dois percentuais: (1) um relativo às reclamações solucionadas, ou seja, avaliadas pelo consumidor como “resolvidas”, e (2) outro referente às reclamações não avaliadas, ou seja, finalizadas automaticamente pelo sistema sem a avaliação do consumidor acerca da solução do caso²⁷.

Por fim, é sabido que os conflitos consumeristas são a segunda causa mais recorrente de processos na justiça estadual brasileira²⁸. Neste sentido, para reduzir a entrada de novos casos, a solução principal seria a efetiva e total integração do Poder Judiciário com a plataforma do Consumidor.gov por ser tecnicamente viável e de baixo custo. O objetivo seria a promoção do diálogo entre as partes, para só então judicializar a demanda. Se o conflito for resolvido pelo Consumidor.gov, o processo é encerrado. Em caso de o conflito não ser resolvido em um prazo fixo, o procedimento no Consumidor.gov é encerrado e o processo judicial corre normalmente.

Enfim, caso seja realizada uma regulamentação por parte do CNJ para firmar acordos de parceria e integração entre as plataformas virtuais, startups, lawtechs e os tribunais brasileiros, de forma a serem utilizadas na fase pré-processual, haveria diminuição considerável de demandas e alívio da sobrecarga do judiciário.

26 Disponível em: <https://www.consumidor.gov.br/pages/conteudo/publico/1> . Acesso em 10/12/2020

27 Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-balanco-do-consumidor-gov-br-merecereclamacao-no-proprio-consumidor-gov-br-05042018>. Acesso em 17 dez. 2020

28 Disponível em: <https://www.defesadoconsumidor.gov.br/images/2020/Consumidor-em-nmeros---2019>. Acesso em 17 dez. 2020.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CABRAL, Marcelo Malizia. Os meios alternativos de resolução de conflitos: instrumentos de ampliação do acesso à justiça. Porto Alegre: TJRS, 2013.

HÖRNLE. Encouraging Online Dispute Resolution in the EU and Beyond. Queen Mary School of Law Legal Studies Research Paper 122/2012

MARQUES, Ricardo Dalmaso. A resolução de disputas online (ODR): Revista de Direito e as Novas Tecnologias, vol. 05/2019, DRT/2019/42405

ROGERS, Nancy H.; BORDONE, Robert C.; SANDER, Frank E. A.; MCEWEN, Craig A. Designing Systems and Processes for Managing Disputes. Wolters Kluwer, 2013

RULE, Colin. Using Online Dispute Resolution to Expand Access to Justice. Volume 90 – No. 6 – 2019, p. 26.

SANDER, Frank E. A. Varieties of Disputing Processing. Minnesota : West Publishing, 1979, pp. 65-87.

WATANABE, Kazuo. Modalidade de Mediação. Brasília: Centro de Estudos Judiciários, CJP, 2003. p.56

A propagação de notícias falsas e o prejuízo à democracia: a relativização da liberdade de transmitir e receber informações verídicas

The spread of fake news and the damage to democracy: the relativization of the freedom to transmit and receive truthful information

Adriane Medianeira Toaldo¹

Felipe Mattos dos Santos²

Sumário: Introdução; 1. A Carta Política como instrumento de proteção ao cidadão; 2. As notícias falsas e a possibilidade de qualquer pessoa produzir conteúdo e informação em massa; 3. A relativização dos princípios da informação e da liberdade perpetrada pela disseminação de notícias falsas; Considerações Finais.

Resumo: O presente trabalho analisa o problema das notícias falsas (fake news) e sua relação com o Estado Democrático de Direito, assentado na ideia de que a circulação deste tipo de conteúdo confronta dois princípios basilares de nossa Constituição, o direito à informação e o princípio da liberdade. O estudo, que consiste em uma abordagem qualitativa da realidade, está baseado no método hipotético-dedutivo e faz uso da pesquisa bibliográfica para tornar as opiniões fundamentadas, a partir de conceitos de pensadores de renome internacional. Concluiu-se que quando se fala em notícias falsas, estar-se-á ferindo dois princípios básicos previstos na lei maior, ou seja, o direito à informação e o princípio da liberdade, pois a fake news desvirtua o conhecimento que o cidadão tem de si e da realidade, levando-o a julgamentos errôneos sobre sua condição de vida e sobre a vida em sociedade, deixando de alcançar outros direitos, como o direito à saúde, à moradia, à alimentação digna e demais necessidades consideradas fundamentais. No mesmo sentido, as notícias falsas também contradizem o princípio da liberdade, na medida em que conduzem o cidadão a decisões equivocadas sobre sua vida, sobre a sociedade em geral e a de seu país, ampliando-se o conceito de liberdade para estar relacionado com a consciência do cidadão.

Palavras-chave: Estado Democrático de Direito; Fake news; Direito de informação; Princípio da liberdade.

Abstract: This paper analyzes the problem of fake news and its relationship with the Democratic State of law, based on the idea that the circulation of this type of content confronts two basic principles of our Constitution, the right to information and the principle of freedom. The study, which consists of a qualitative approach to reality, is based on the hypothetical-deductive method and makes use of the bibliographical research to make informed opinions based on concepts of internationally renowned thinkers. It was concluded that when fake news is mentioned, two basic principles foreseen in the major law are been hurt: the right to information and the principle of freedom, because the fake news distorts the citizen's knowledge of himself and of reality, leading in to erroneous judgments about his life condition and about life in society, failing to achieve other rights such as the right to health, housing, decent food and other needs considered fundamental. In the same sense, the fake also contradicts the principle of freedom, as it leads citizens to wrong decisions about their life, about society in general and about that of their country, expanding the concept of freedom to be related to citizen's conscience.

Keywords: Democratic Rule of law; Fake news; Right to information; Principle of freedom.

1 Doutora em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, Santa Cruz do Sul, RS. Professora Adjunta do Curso de Direito na Universidade Luterana do Brasil (ULBRA) – Campus Santa Maria, RS. Advogada. E-mail: adrianetoaldo@gmail.com.

2 Bacharel em Direito pela Universidade Luterana do Brasil - ULBRA, Campus Santa Maria, RS. Advogado. E-mail: felipe.santos@rede.ulbra.br.

Introdução

As eleições de 2018 faziam parte do calendário de alternância de poder estabelecido pelo regime democrático e visavam a troca dos governantes em nível federal e estadual, tanto para o legislativo como para o executivo. Uma característica importante deste processo eleitoral é que a campanha publicitária dos candidatos, pela primeira vez, teve maior efeito nas redes sociais do que nos meios de comunicação tradicionais.

O processo também se diferenciou dos anteriores por apresentar muitas informações e notícias falsas (*fake news*), cujo objetivo consistia em favorecer ou desfavorecer candidaturas no processo, ensejando até mesmo a intervenção dos meios de comunicação e dos governos. Há suspeitas de que estas notícias falsas, organizadas por agências profissionais de comunicação, tenham conseguido determinar o resultado final das urnas, consagrando candidato que delas tenham feito uso indiscriminado e ilegal.

O presente artigo não irá se deter na questão do conteúdo ou dos processos legais que envolvem a veiculação de notícias falsas, mas está centrado no predicado de que as mesmas afrontam dois princípios básicos estabelecidos pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, quais sejam a informação e a liberdade, na medida em que alienam o cidadão de informações sobre a realidade existente e o conduzem a julgamentos errôneos sobre a história recente do país, bem como sua opinião nas decisões de cunho eleitoral.

A presente proposta centra-se no método hipotético-dedutivo de natureza qualitativa, pois parte do pressuposto de que o direito à informação e à liberdade foram violados para desenvolver argumentos que comprovem os pressupostos iniciais. No desenvolvimento do estudo, optou-se por dividir o trabalho em três tópicos distintos. O primeiro ponto tece considerações a respeito do Estado Democrático de Direito e seus pressupostos dentro da ideia de proteção ao cidadão. O segundo ponto procura definir o que são as falsas notícias e as previsões legais para esse fenômeno. Por fim, o terceiro tópico estabelece argumentos para comprovar porque as falsas notícias contradizem a liberdade e o direito de informação do cidadão.

1. A Carta Política como Instrumento de Proteção ao Cidadão

Como premissa basilar do Estado Democrático de Direito, a Constituição Cidadã, em seu artigo 5º, estabelece que todos são iguais perante a lei, vedando a distinção de qualquer natureza, à medida que elenca como garantia inviolável dos brasileiros e residentes no país um rol exemplificativo de direitos.

Nesse contexto, encontra-se abarcado o direito à liberdade, o qual se ramifica na livre expressão intelectual, artística, científica, profissional e, notadamente, para efeito do presente estudo, a liberdade de comunicação e acesso à informação. Assim, a legislação federal proscree qualquer censura na propagação de informações de cunho artístico, ideológico e político (art. 220, § 2º, CF/88), ao passo que protege os cidadãos ao vincular os atos de comunicação aos princípios do respeito aos valores

éticos e sociais da pessoa e da família (art. 221, IV, CF/88).

Quanto ao direito de informação, urge salientar os seus desdobramentos, quais sejam o direito de informar, o de se informar e o de ser informado. Com isso, a rede mundial de computadores acabou por modificar drasticamente o fluxo de informações disponíveis, alterando, inclusive, o comportamento dos usuários³. A justificativa para a externalização de conteúdos sabidamente falsos e dolosa ou culposamente repassados, muitas vezes reside no eventual anonimato que as redes virtuais oferecem, somado a uma legislação regulatória incipiente.

Na esteira da proteção estatal conferida ao cidadão, destaca-se o advento do Marco Civil da Internet, doravante Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014⁴, cujo objetivo precípua é estabelecer princípios, garantias, bem como direitos e deveres no que tange o uso da internet no Brasil. Referida legislação emerge sob a aspiração de preencher uma lacuna jurídica no ambiente virtual, uma vez que o acesso à internet passou a ser de uso comum do povo e, portanto, instrumento essencial ao exercício da cidadania.

Destarte, o almejado direito à igualdade depende de uma garantia do exercício pleno da liberdade⁵, de modo que o indivíduo possa deliberar sem embaraços acerca da sua concepção frente à realidade apresentada. Aqui neste estudo, a igualdade substancial está na possibilidade de qualquer pessoa poder externalizar a sua opinião, o que foi facilitado sobremaneira pelas redes sociais virtuais.

Voltando ao Estado Democrático de Direito⁶, concepção política que rege a nação brasileira, entende-se o mesmo como uma organização social, política e econômica em constante aperfeiçoamento, pois as leis e as instituições devem ser flexíveis o bastante para atender as constantes demandas sociais. Isto não significa se afastar de princípios fundamentais, mas entender que fatos derivados dos movimentos sociais e do desenvolvimento tecnológico, inexoravelmente, exigem debates e posicionamentos a respeito de temas atuais.

A Constituição cidadã de 1988 tem como principal premissa a dignidade humana e, nesse sentido, é garantidora dos direitos individuais, coletivos e difusos, elencando a liberdade e a igualdade dos cidadãos como diretriz do Estado. Nesse passo, os direitos individuais estão vinculados aos direitos coletivos e a função estatal consiste em mitigar as desigualdades sociais⁷.

Para tanto, os valores coletivos se sobrepõem aos individuais, a fim de que cada direito individual esteja conectado com os destinatários, afastando eventuais sobreposições de direitos⁸. Isto significa dizer que, em um conflito de interesses no qual se apresentam mais de um princípio, qualquer decisão a respeito de direitos deve estar pautada pelo princípio da proporcionalidade levando em conta a supremacia do

3 CARVALHO, A. C. A. Marco civil da internet no Brasil. 1. ed. Alta Books, 2014.

4 BRASIL. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil.

5 LENZA, P. Direito constitucional esquematizado. 24. ed. São Paulo: Saraiva educação, 2020.

6 SILVA, J. A. da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 37. ed. São Paulo: Malheiros. 2014.

7 BARROSO, L. R. O Estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição da supremacia do interesse público. In: SARMENTO, Daniel (Org.). Interesses públicos versus Interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público. 3. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

8 MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. Curso de direito constitucional. 15. ed. São Paulo: Saraiva educação, 2020.

social sobre o individual.

A Carta Política de 1988 é assertiva ao preconizar a liberdade de informação, de pensamento, de comunicação e de expressão, princípios tipificados, respectivamente, nos incisos IV, V, XIV e XXXIII, do artigo 5º (quinto)⁹. Isto significa dizer que o cidadão é livre para divulgar informações que julgue conveniente, à medida que é vedada qualquer censura de natureza política, ideológica e artística¹⁰, salvo se constituir infração penal.

Notadamente, o constituinte, ao estabelecer estas garantias, estava preocupado em assegurar ao cidadão a mais ampla possibilidade de manifestação de suas vontades e pensamentos individuais. No entanto, a hipótese de qualquer cidadão divulgar notícias ao seu alvedrio ou, ainda pior, se auto definir como um formador de opiniões pode, além de usurpar prerrogativas que sempre foi de pessoas ligadas à área da comunicação social, levar a um desvirtuamento informacional.

2. As Notícias Falsas e a Possibilidade de Qualquer Pessoa Produzir Conteúdo e Informação em Massa

A palavra de origem inglesa fake news pode ser traduzida por notícias falsas e tem a sua maior disseminação através da rede mundial de computadores, embora sempre se soube da existência de notícias sem cunho comprovadamente verdadeiro. A diferença é que até o surgimento da vida digital, poucas pessoas produziam notícias, as quais agiam sob o dever de pesquisar a veracidade dos fatos que estavam divulgando¹¹.

O advento das fake news condiz com um período da história chamado de pós-verdade, ou seja, um momento em que não há mais verdades e nem modelos de pensamentos absolutos. Nesse ínterim, surge a relativização de todo e qualquer conceito a respeito de um fato, ocasião que qualquer fala, inevitavelmente, será contestada por terceiros¹².

Entende-se que a própria imprensa, mesmo que averiguando os fatos, pode incorrer na retórica de falsas notícias, todavia está regida por premissas que levarão à retificação do conteúdo. Fato que não ocorre na disseminação de conteúdo pelo cidadão comum, que não tem a preocupação de averiguar a confiabilidade das notícias que divulga.

As eleições de 2018 foram pródigas em divulgar notícias falsas de todos os candidatos, havendo, inclusive, pedidos de intervenção do Poder Judiciário no intuito de coibir as mesmas e evitar que levassem a erros de julgamento do eleitor que resultariam na escolha por candidatos que se beneficiariam destas práticas. Muitos dos disseminadores de notícias falsas se beneficiam da falta de credibilidade dos

9 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 05 de outubro de 1988. Brasília. DF: Senado Federal, 1988.

10 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 05 de outubro de 1988. Brasília. DF: Senado Federal, 1988.

11 CARVALHO, A. C. L.; KANFFER, G. G. B. O tratamento jurídico das notícias falsas (fake news). Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/tratamento-juridico-noticias-falsas.pdf>>. Acesso em 19 nov. 2020.

12 SANTOS, J. A.; SPINELLI, E. M. Pós-verdade, fake news e fact-checking: impactos e oportunidades para o jornalismo. Direitos humanos e pesquisa em jornalismo. São Paulo, 2017.

veículos oficiais e encontraram terreno fértil nas redes sociais, onde encontram-se os denominados grupos influenciadores, que privilegiam informações da sua visão de mundo¹³.

Juridicamente, no Brasil, a publicação de notícias falsas já era considerada crime desde a Lei de Imprensa (Lei nº 5.250, de 09 de fevereiro de 1967)¹⁴, que em seu artigo 16 condenava a divulgação e atos que provocassem algum tipo de reação entre o público ou prejuízo de crédito entre instituições, empresas e o governo. Nessa linha, encontra-se em vigor o Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014)¹⁵, atuando sob o viés do respeito a liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, a fim de coibir atos considerados ilegais na rede mundial de computadores. Trata-se de um importante instrumento para reduzir a propagação de notícias fraudulentas e fazer com que os provedores recebam sanções a título de responsáveis solidários, caso se mantenham inertes no sentido de não excluir o conteúdo inadequado.

Nesse sentido, o Marco Civil da Internet tipifica sanções cíveis, criminais e administrativas no âmbito virtual, tais como advertências, multa sobre o faturamento bruto do infrator, suspensão temporária e proibição do exercício das atividades¹⁶. Constatou-se uma tentativa de regulação sistemática no ambiente virtual, de modo a abranger os atos dos particulares e também de empresas que coletam e guardam dados dos usuários.

Em âmbito legislativo, o senador Ciro Nogueira apresentou projeto para inserir o crime de veicular notícias falsas no Código Penal (Projeto nº 473, de 2017), através da alteração do artigo 287-A, o qual prevê pena de detenção de seis meses a dois anos ao agente que divulgar notícia que sabe ser falsa. Segundo seu proponente, a iniciativa de criminalizar estas atitudes decorre do potencial lesivo que possuem as notícias falsas e que as mesmas deveriam ter uma pena mais severa quando a divulgação fosse feita pela rede mundial de computadores, devido à sua elevada capacidade de disseminação.

As iniciativas acima citadas, em termos jurídicos, levaram em conta os efeitos nocivos que as notícias falsas geram na sociedade, mas ainda assim carecem de uma maior discussão a respeito do caráter constitucional da liberdade e da consolidação do Estado Democrático de Direito. Por isto, considera-se necessário voltar ao debate das garantias inscrita na Constituição em relação à liberdade de manifestação do pensamento, à liberdade de comunicação e à liberdade de informação.

Entende-se que tais direitos e garantias são essenciais para assegurar a nova frágil democracia brasileira e que sempre devem ser pensadas quando do julgamento de casos concretos. Assim, questiona-se o fato de que uma notícia, quando não configura ofensa direta aos citados, não poderia ser considerada um crime em si,

13 DELMAZO, C; VALENTE, J. C. Fake news nas redes sociais online: propagação e reações à desinformação em busca de cliques. *Media & Jornalismo*, v. 18, n. 1, pp. 155-169, 2018.

14 BRASIL. Lei nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967: regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5250.htm>. Acesso em: 20 nov. 2020.

15 BRASIL. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014: estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em 15 nov. 2020.

16 GONÇALVES, V. H. P. Marco civil da internet comentado. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

mas sim um direito de manifestação do seu criador.

3. A Relativização dos Princípios da Informação e da Liberdade Perpetrada pela Disseminação de Notícias Falsas

Nesta parte do texto, defende-se a ideia de que as notícias falsas ferem dois princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito, o direito de informação e o direito de liberdade, consoante será explicado a seguir. De proêmio, urge salientar que os princípios constituem normas elementares ou requisitos primordiais de uma Constituição, ou seja, seus alicerces, revelando o conjunto de regras ou preceitos que servem de base para a criação de normas ou de decisões jurídicas, sendo considerados axiomas a serem sempre defendidos ou lembrados¹⁷.

O Estado constitucional inverteu os papéis da lei e da Constituição, deixando claro que a legislação deve ser compreendida a partir dos princípios constitucionais de justiça e dos direitos fundamentais. Expressão concreta disso são os deveres de o juiz interpretar a lei de acordo com a Constituição, de controlar a constitucionalidade da lei, especialmente atribuindo-lhe novo sentido para evitar a declaração de inconstitucionalidade, e de suprir a omissão legal que impede a proteção de um direito fundamental. Isso para não falar no dever, também atribuído à jurisdição pelo constitucionalismo contemporâneo, de tutelar os direitos fundamentais que se chocam no caso concreto¹⁸.

Com isso, o direito à informação está elencado como direito fundamental previsto no artigo 5º da Constituição Federal, eis que o acesso do cidadão à informações de qualidade possibilita e viabiliza o pleno gozo de outros direitos, como a saúde, educação e a moradia. Uma vez que o direito à informação é negado ou adulterado, como no caso das notícias falsas, o cidadão passa a conduzir seu raciocínio e suas atitudes de maneira equivocada.

Em contrapartida, toda vez que o cidadão está bem informado, ele dispõe de mecanismos para fiscalizar o poder público, tornando-se um integrante ativo das decisões sociais. Com isso, ter direito à informação verídica coaduna-se com o exercício dos direitos sociais, corolário da soberania popular.

O segundo princípio que as notícias falsas desrespeitam é o da liberdade. Para Montesquieu, a liberdade consistia em fazer o que as leis permitiam e que a liberdade oferecida pela constituição consiste no fundamento da liberdade do cidadão¹⁹. Assim, o homem perde parte de sua liberdade quando decide viver em sociedade através do contrato social, pois necessita se submeter à regulamentação da liberdade social²⁰.

Para o pai do liberalismo, John Locke, a liberdade “consiste em viver segundo uma regra permanente, comum a todos nessa sociedade e elaborado pelo legislativo nela erigido.”²¹. Portanto, o indivíduo acaba sacrificando uma parte de sua liberdade

17 SILVA, J. A. da. Direito constitucional positivo. 23. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2004.

18 ALEXY, R. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

19 MONTESQUIEU. O espírito das leis. Tradução de Cristina Murachco. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 166.

20 ROUSSEAU, J. J. Do contrato social ou princípios do direito político. Tradução de Pietro Nasetti. 3. ed. São Paulo: Martin Claret, 2008.

21 LOCKE, J. Dois tratados sobre o governo. Tradução de Júlio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 403.

em favor de um determinado fim, para assumir uma condição jurídica que garanta a sua sobrevivência.

Na Constituição Federal de 1988 a liberdade é vista como a possibilidade de escolha da forma de pensar e agir, sendo consagrada dentro do conjunto de direitos e garantias individuais em diversas modalidades, como a liberdade da pessoa física, de pensamento, de expressão, de ação econômica e social.

Neste sentido, entende-se que a propagação das falsas notícias vai contra o princípio da liberdade, na medida em que impede o cidadão de pensar sem vícios sobre os assuntos que lhe dizem respeito, assim, maculando e conduzindo o poder decisório de grande parcela da população.

Considerações Finais

O Brasil assenta-se na ideia de um Estado Democrático de Direito, com fundamento em princípios que garantam esta ordem e com fulcro em uma unidade jurídica denominada Constituição, que no ano de 2018 completou 30 anos. A Carta Política de 1988 é um marco importante no processo de redemocratização da sociedade e está fundamentada na ideia de legitimidade. O modelo democrático delineado no texto constitucional possui como exemplos máximos a liberdade de expressão e o sufrágio universal.

Além dessas premissas, o Estado brasileiro está fundamentado na cidadania e na promoção da dignidade humana, tendo como maior objetivo o bem-estar social de seus cidadãos, corolário da dignidade humana. Constituindo premissas alicerçadas em mandamentos e princípios de origem filosófica, que consagram o que de melhor a espécie humana entendeu como essencial para a vida em sociedade. Neste trabalho elencamos dois princípios de enorme valor, a liberdade e o direito à informação, os quais estão relacionados com a ideia de que sem eles a cidadania resta enfraquecida e a democracia solapada.

Quando se fala em notícias falsas, estar-se-á ferindo os dois princípios supracitados, bem como desvirtuando o conhecimento que o cidadão tem de si e da realidade, levando-o a julgamentos errôneos sobre sua condição de vida e sobre a vida política e social. Como foi ventilado durante o trabalho, um sujeito alienado de seu contexto histórico e cultural não se sabe como alcançar direitos, muitos deles elencados como fundamentais. O cidadão sem conhecimento torna-se um objeto de manipulação e de interesses escusos.

No mesmo sentido, este artigo postula que notícias falsas também contradizem o princípio da liberdade, na medida em que conduzem o cidadão a decisões equivocadas sobre sua vida, a sociedade em geral e sobre seu país. Depreende-se que ninguém será livre enquanto suas decisões são fruto da manipulação da informação, ampliando o conceito de liberdade para estar relacionado com a consciência do cidadão. Se em períodos anteriores, era a falta de informações que conduzia à alienação, no período atual é justamente o excesso delas que causa o mesmo efeito.

Referências bibliográficas

ALEXY, R. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROSO, L. R. O Estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição da supremacia do interesse público. In: SARMENTO, Daniel (Org.). Interesses públicos versus Interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público. 3. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 05 de outubro de 1988. Brasília. DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Lei nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967: regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5250.htm>. Acesso em: 20 nov. 2018.

BRASIL. Lei nº 12.965, de 23 abril de 2014: estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em 15 nov. 2020.

CARVALHO, A. C. A. Marco civil da internet no Brasil. 1. ed. Alta Books, 2014.

CARVALHO, A. C. L.; KANFFER, G. G. B. O tratamento jurídico das notícias falsas (fake news). Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/tratamento-juridico-noticias-falsas.pdf>>. Acesso em 19 nov. 2020.

DELMAZO, C; VALENTE, J. C. Fake news nas redes sociais online: propagação e reações à desinformação em busca de cliques. Media & Jornalismo, v. 18, n. 1, pp. 155-169, 2018.

GONÇALVES, V. H. P. Marco civil da internet comentado. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

LENZA, P. Direito constitucional esquematizado. 24. ed. São Paulo: Saraiva educação, 2020.

LOCKE, J. O segundo tratado sobre o governo. São Paulo: Ibrasa, 1963.

MONTESQUIEU. O espírito das leis. Tradução de Cristina Murachco. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 166.

MENDES, G. F.; BRANCO. P. G. Curso de direito constitucional. 15. ed. São Paulo: Saraiva educação, 2020.

ROUSSEAU, J. Do contrato social: ou princípios do direito político. Tradução de Pietro Nasetti. 3. ed. São Paulo: Martin Claret, 2008.

SANTOS, J. A.; SPINELLI, E. M. Pós-verdade, fake news e fact-checking: impactos e oportunidades para o jornalismo. Direitos humanos e pesquisa em jornalismo. São Paulo, 2017.

SILVA, J. A. da. Curso de direito constitucional positivo. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 120.

Cooperação jurídica internacional na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais brasileira: reflexões iniciais

International Legal Cooperation in the Brazilian General Data Protection Law: Initial Analysis

Valesca Raizer Borges Moschen¹

Helena Emerick Abaurre²

Sumário: 1. Introdução; 2. Do Direito Internacional Privado e a tutela transnacional da proteção aos dados de usuários da internet; 3. Da cooperação jurídica internacional em matéria de proteção aos dados pessoais à luz do Direito brasileiro; 4. Cooperação internacional entre autoridades nacionais de proteção aos dados; Considerações finais.

Resumo: O presente trabalho objetiva apresentar reflexões iniciais sobre as possibilidades de cooperação jurídica internacional em matéria de proteção aos dados pessoais. Parte-se da premissa de que a devida tutela de direitos fundamentais de usuários da internet é objeto de estudo intrínseco ao Direito Internacional Privado, porquanto abarca elementos de estrangeiria em função da ubiquidade do ininterrupto fluxo transfronteiriço de dados portadores de valores na economia global. À luz da recente entrada em vigor da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais - LGPD (Lei nº 13.709/2018) e da instituição da Autoridade Nacional de Proteção de Dados - ANPD, elenca-se como problemática condutora da investigação o seguinte questionamento: de que maneira pode ser estruturada a cooperação jurídica internacional em matéria de proteção aos dados no Brasil? Será testada a hipótese de que as práticas cooperativas podem se desenvolver tanto pela via jurisdicional *stricto sensu* entre órgãos adjudicantes domésticos e autoridades estrangeiras de proteção aos dados, bem como pela via administrativa entre a ANPD e seus pares estrangeiros. Adota-se a metodologia qualitativa na perspectiva dedutiva, referenciada por pesquisa bibliográfica, normativa e documental. Busca-se visitar estudos e práticas desenvolvidos à luz do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados europeu e de outras legislações ao redor do globo, a fim de balizar as possibilidades cooperativas no contexto do ordenamento jurídico nacional. Para tanto, são fontes majoritárias da pesquisa obras doutrinárias que exploram as interseções entre o Direito Internacional Privado e a proteção aos dados, documentos institucionais de organismos internacionais e de redes de cooperação transnacionais.

Palavras-chave: Autoridades Nacionais de Proteção de Dados; Cooperação Jurídica Internacional; Direito Internacional Privado.

Abstract: The present study aims at presenting initial reflections on the possibilities of international legal cooperation in the field of protection of personal data. It is based on the premise that proper protection of internet users' data is the object of an intrinsic study of Private International Law, as it naturally includes international elements due to the ubiquity of the network alongside the uninterrupted cross-border flow of value-carrying data in the global economy. In light of the recent entry into force of the general law for the protection of personal data (Law No. 13.709 / 2018) and the creation of the Brazilian national data protection authority (DPA), the following is listed as a problematic conductor of the investigation: how can international legal cooperation be structured regarding matters of data protection in Brazil? The present work will test the hypothesis that cooperative practices can be developed both through jurisdictional cooperation between DPAs and adjudicatory organisms, as well as through administrative procedures amongst DPAs. The qualitative methodology is adopted, from a deductive perspective, and referenced by bibliographic, normative and documentary research. Throughout this investigation, the aim is to review the studies and practices developed in light of the General Regulation on European Data Protection and national laws around the globe, in order to devise cooperative possibilities in the domestic context. With this goal in sight, doctrinal works that explore the intersections between private international law and data protection, institutional documents of international organizations and transnational cooperation networks are major sources of research.

Keywords: Data Protection Authorities; International Legal Cooperation; Private International Law.

1 Professora dos cursos de graduação e pós-graduação *stricto sensu* em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Doutora em Direito e Relações Internacionais pela Universidade de Barcelona (UB). Membro da Associação Americana de Direito Internacional Privado (ASADIP). Coordenadora do Grupo de Pesquisa e o Observatório de Jurisprudência Labirinto da Codificação do Direito Processual Civil Internacional (UFES-CNPq). Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-3974-8270>. E-mail: raizervalesca@gmail.com.

2 Pesquisadora dos Grupos de Pesquisa Labirinto da Codificação do Direito Processual Civil Internacional (UFES-CNPq) e Trabalho, Seguridade Social e Processo: diálogos e críticas (UFES-CNPq). Integrante do Programa de Iniciação Científica da Universidade Federal do Espírito Santo, na modalidade voluntária. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-7427-9855>. E-mail: helenaabaurre@gmail.com.

1. Introdução

Há 130 anos, Warren e Brandels apresentavam à comunidade acadêmica ao “direito de ser deixado a sós” (right to be let alone) por meio da publicação do ensaio seminal de “The Right to Privacy”. Os autores definem a proteção ao mundo privado como o fundamento da liberdade individual na era moderna, de tal feita que à medida que a evolução tecnológica avança, o sistema jurídico também deve evoluir para reduzir os impactos do acesso não autorizado às esferas íntimas das atividades pessoais.³

Na atualidade, para além de consolidado o direito à privacidade, cortes ao redor do globo reconhecem a proteção aos dados como direito fundamental personalíssimo autônomo advindo da autodeterminação informativa e que reclama tutela transnacional, dada a ubiquidade inerente à informação digital. Em 2020, comemorou-se no Brasil o reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal da proteção aos dados como direito fundamental⁴⁵, ao lado da vigência da Lei Geral de Proteção de Dados no Brasil - LGPD (Lei nº 13.709, de 14 de Agosto de 2018)⁶ e da ainda instituinte estruturação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados - ANPD (Decreto nº 10.474, de 26 de Agosto de 2020).

A finalidade da LGPD não é restringir o livre fluxo de dados. Para muito além de garantir direitos ao titular de dados pessoais - in casu, o usuário da internet -, a lei estrutura possibilidades e mecanismos para que os dados fluam de maneira transfronteiriça sem maiores óbices⁷. Garante ainda que os agentes responsáveis – controlador, operador e encarregado⁸ – pelo tratamento dos dados em casos de manejo ilegal ou desproporcional, possam ser responsabilizados⁹, tanto em sede administrativa¹⁰, bem como judicial, possibilidades estas que interessam especialmente ao campo de estudo do Direito Internacional Privado, posto que podem envolver procedimentos com elementos de estrangeira.

Nesta toada, objetiva-se apresentar reflexões iniciais em resposta à seguinte problemática: de que maneira pode ser estruturada a cooperação jurídica internacional

3 WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. The Right to Privacy. Harvard Law Review, Cambridge, v.4, n. 5, p. 193-220, dez. 1890. Disponível em: <https://groups.csail.mit.edu/mac/classes/6.805/articles/privacy/Privacy_brand_warr2.html>. Acesso em: 07 de dez. 2020.

4 O reconhecimento foi dado através do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.387 (ADI 6387). O decisum ressaltou o direito à autodeterminação informativa, esclarecendo que inexistem dados neutros ou insignificantes tais quais poderiam ser objeto de compartilhamento irrestrito tampouco de tratamento implícito e ilimitado. Inteiro teor do acórdão disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344949214&ext=.pdf>> Acesso: 07 de dez. 2020.

5 Tramita atualmente no legislativo brasileiro a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) 17/19, que insere a proteção aos dados, incluindo os digitalizados, na lista de garantias individuais da Constituição Federal de 1988. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/noticias/624541-comissao-aprova-proposta-que-insere-protacao-de-dados-pessoais-na-constituicao/>> Acesso em: 7 dez. 2020.

6 BRASIL. Lei Geral de Proteção de Dados no Brasil (Lei nº 13.709, de 14 de Agosto de 2018). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm> Acesso: 07 de dez. 2020.

7 A transferência internacional de dados é regulamentada pelos artigos 33, 34 e 35 da Lei Geral de Proteção de Dados no Brasil.

8 As atribuições do controlador, operador e encarregado pelo Tratamento de Dados Pessoais são regulamentadas nos artigos 37 a 41 da Lei Geral de Proteção de Dados no Brasil.

9 A matéria da responsabilidade e ressarcimento de danos é regulamentada dos artigos 42 a 45 da Lei Geral de Proteção de Dados no Brasil.

10 A aplicação das sanções administrativas são disciplinadas do artigo 52 a 54 da Lei Geral de Proteção de Dados no Brasil.

em matéria de proteção aos dados no Brasil?

A pesquisa se desenvolve a partir do marco teórico da linha investigativa coordenada pelo Professor Fabrício Polido a respeito dos Eixos Tecnológicos do Direito Internacional Privado (DIPr).¹¹ Emprega-se a metodologia qualitativa, na perspectiva dedutiva, referenciada por pesquisa bibliográfica, normativa e documental. Nos termos preliminares delineados a seguir, testa-se a hipótese de que as práticas cooperativas podem se desenvolver tanto pela via jurisdicional *stricto sensu* entre órgãos adjudicantes brasileiros e autoridades de proteção aos dados estrangeiras, bem como pela via administrativa entre a ANPD e os seus pares ao redor do globo.

2. Do Direito Internacional Privado e a tutela transnacional da proteção aos dados de usuários da internet;

Ao analisar as relações jurídicas tecidas junto à rede mundial de computadores sob a ótica do Direito Internacional Privado, a doutrinadora uruguaia Lucy Sequeira assinala que “sem necessidade de traslados, a ubiquidade e imaterialidade das atividades humanas desconcerta a concepção tradicional da disciplina e reclama outras soluções”. De acordo com a jurista, a internet se tornou locus para o registro documental da vida humana. Contudo, a poiesis do Big Data se dá no ciberespaço e atinge qualquer ponto do planeta e sofre das mesmas dificuldades regulatórias que as demais condutas desenvolvidas virtualmente.¹²

Não obstante a ubiquidade e os ativismos *a contra sensu*¹³, o ciberespaço não é plano desvinculado da ordem estatal e tampouco a internet território totalmente livre de regulação, e sim “objeto incontornável do Direito, aplicando-se a ela conceitos jurídicos como jurisdição, conflitos de leis e soberania”.¹⁴ Mister ressaltar a lição de Goldsmith e Wu sobre a governança da web segundo a qual as normas aplicáveis ao ciberespaço são extensões das regras de Direito Internacional, público e privado já existentes.¹⁵

À luz do princípio da territorialidade, surge a necessidade da cooperação jurídica internacional para que o Estado possa oferecer o devido acesso à justiça aos seus jurisdicionados, que, enquanto usuários da rede mundial de computadores, podem sofrer violações ao seu direito fundamental à proteção aos dados no meio cibernético.¹⁶

11 POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot. Direito Internacional Privado entre Jurisdição e Big Data: um olhar sobre internet e mobilidade transfronteiriça de dados. In: DE FARIAS, Inez Lopes Matos Carneiro; MOSCHEN, Valesca Raizer Borges. (Org.). Desafios do direito internacional privado na sociedade contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 237-267.

12 SEQUEIRA, Lucy Silva. La vida digital, o la memoria en números. Revista uruguaya de derecho internacional privado, Montevideu, n. 10, p. 169-189, 2018. No original: “sin necesidad de traslados, la ubicuidad e inmaterialidad de las actividades humanas desconcierta la concepción tradicional de la disciplina y reclama otras soluciones”.

13 Vide: A declaration of independence of Cyberspace. Disponível em: <<https://www.eff.org/cyberspaceindependence>> Acesso: 07 de dez. 2020. A declaração é representativa de corrente pela qual a internet seria força democratizante, descentralizada, sem limites territoriais e imune ao controle estatal diante a qual as leis poderiam ser sancionadas, mas não teriam eficácia (enforcement).

14 CAVALCANTI, Natália Peppi. Acesso a dados além das fronteiras: a cooperação jurídica internacional como solução para o (aparente) conflito de jurisdições. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. p. 21.

15 GOLDSMITH, Jack; Wu, Tim. Who controls the internet? Illusions of a borderless world. Oxford University Press, 2006. p. 50.

16 CAVALCANTI, Natália Peppi. Acesso a dados além das fronteiras: a cooperação jurídica internacional como solução para o (aparente) conflito de jurisdições. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. p. 23.

A dimensão internacional intrínseca à autodeterminação informativa é reconhecida desde as iniciativas pioneiras de regulação, conforme se verifica da análise das Diretrizes da OCDE para a Proteção da Privacidade e dos Fluxos Transfronteiriços de Dados Pessoais¹⁷ e da “Convenção para a Proteção de Indivíduos com Respeito ao Processamento Automatizado de Dados Pessoais” (Convenção 108 do Conselho da Europa)¹⁸ e seu Protocolo Adicional. Ambos instrumentos, apesar de diferirem quanto à sua natureza, não vinculante e convencional, respectivamente, buscaram alcançar padrões internacionais comuns que possibilitassem a regulamentação do fluxo dos dados.

O Comitê Permanente da Conferência da Haia também reconheceu em 2010, na nota “Cross-border data flows and protection of privacy” que o fluxo de dados para além das fronteiras se tornou intrínseco às relações pessoais, considerando a natureza global da internet, o que aumenta sobremaneira o risco para a privacidade dos cidadãos.¹⁹

No campo doutrinário, Fabrício Bertini Pasquot Polido leciona que analisar as interfaces entre o DIPr e o ciberespaço é oportunidade para refletir sobre a articulação entre políticas de governança, escolhas legislativas e os formatos cooperativos jurisdicionais aplicados no gerenciamento de conflitos.²⁰ Desta feita, preocupações acerca da cooperação jurídica internacional devem estar referenciadas na preservação da natureza global da rede e na consolidação de mecanismos de interoperabilidade jurídica e comunicacional entre Estados, organizações e particulares presentes na web.

3. Da cooperação jurídica internacional em matéria de proteção aos dados pessoais à luz do Direito brasileiro

Especificamente quanto à tutela jurisdicional da matéria pelo ordenamento pátrio, a incidência da LGPD não está restrita aos sujeitos domiciliados ou estabelecidos no Brasil. O artigo 3º revela a intenção legislativa na produção efeitos extraterritoriais sobre qualquer pessoa, natural ou jurídica, de direito público ou privado que trate dados pessoais. Assenta o dispositivo que é irrelevante o modo pelo qual se realiza a

17 Em 1980, a OCDE adotou o primeiro instrumento internacional que trata do fluxo transfronteiriço de dados, com o objetivo de estabelecer um padrão mínimo de proteção da privacidade, visando facilitar o fluxo transfronteiriço de dados e eliminar os diferentes níveis de proteção entre os países. As diretrizes foram atualizadas em 2013 com a intenção de atuar como um quadro complementar para a harmonização da legislação de privacidade pelos Estados-Membros. Disponível em: <https://www.oecd.org/sti/ieconomy/oecd_privacy_framework.pdf> Acesso em: 07 de dez. 2020. Vide: WAGNER, Julian. The transfer of personal data to third countries under the GDPR: when does a recipient country provide an adequate level of protection? *International Data Privacy Law*, v. 8, n. 4, p. 318-337, nov. 2018. Disponível em: <<https://doi-org.ez43.periodicos.capes.gov.br/10.1093/idpl/ipy008>> Acesso em: 07 de dez. 2020.

18 Ao assinar a Convenção, os Estados signatários concordaram em garantir o direito à privacidade por meio da implementação de regras apropriadas em suas respectivas legislações internas. Apesar de ser iniciativa do Conselho da Europa, países da América Latina também são signatários, de maneira que conta ao todo com 55 ratificações. Em vigor desde 1981. Disponível em: <https://www.coe.int/en/web/conventions/fulllist//conventions/treaty/108/signatures?p_auth=rifBwLYY> Acesso em: 07 dez. 2020.

19 CONFERÊNCIA DA HIA EM DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO. Cross-border data flows and protection of privacy. Disponível em: <<https://assets.hcch.net/upload/wop/genaff2010pd13e.pdf>>. Acesso: 15 mai. 2020, p. 8.

20 POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot. Direito internacional privado nas fronteiras do trabalho e tecnologias: ensaios e narrativas na era digital. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 86.

operação, assim como o país da sede da organização, da localização dos indivíduos ou dos servidores eletrônicos onde estejam armazenados os dados. Os deveres de conformidade prescritos pela lei apresentam os seguintes elementos de conexão que a tornam aplicável: caso I - a operação de tratamento seja realizada no território nacional; II - a atividade de tratamento tenha por objetivo a oferta ou o fornecimento de bens ou serviços ou o tratamento de dados de indivíduos localizados no território nacional; III - os dados pessoais objeto do tratamento tenham sido coletados no território nacional.

É louvável a tentativa do legislador de oferecer vias para proteger os dados do jurisdicionado nacional em meio a difusão e fluidez de fronteiras com que se vive. No Século XXI, muitos provedores de internet estão desconectados de territórios específicos, e por vezes recorrem à terceirização das operações de tratamento para reduzir custos eventualmente atrelados a novas transferências geográficas de grandes volumes informativos. Assim, a extraterritorialidade dos efeitos da lei parece ser a única opção regulatória apropriada. No entanto, à semelhança do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados europeu - RGPD, a redação da LGPD sobre o alcance extraterritorial de seu artigo 3º não contempla a faceta da jurisdição executiva extraterritorial. Embora muitos estudos tenham abordado o escopo extraterritorial de ambas normas em sua perspectiva prescritiva e judicativa, o problema da aplicação geralmente não é o centro das atenções, de modo que não há estudo suficientemente abrangente quanto ao prisma da jurisdição de execução da autodeterminação informativa. A fim de concretizar a aspiração extraterritorial da LGPD, é necessário primeiramente acoplar a natureza territorial da jurisdição executiva aos princípios de execução e reconhecimento de sentenças estrangeiras por meio da cooperação jurídica internacional.²¹

Em que pesem as sanções administrativas que a lei prevê aos agentes de tratamento serem severas, a sua aplicação, na prática, está condicionada à atuação administrativa da ANPD coordenada com a cooperação jurídica internacional. De fato, “sem um mecanismo de cooperação jurídica internacional estruturado entre a ANPD e seus pares no exterior, não se vislumbra como a agência poderá cumprir satisfatoriamente com suas atribuições designadas em lei”. Salta aos olhos, pois, que a efetividade da extraterritorialidade da LGPD depende de sólidas estruturas de cooperação entre a ANPD e as Data Protection Authorities (DPAs) estrangeiras bem como entre órgãos jurisdicionais.²²

4. Cooperação internacional entre autoridades nacionais de proteção aos dados;

Nádia de Araújo define a Cooperação Jurídica Internacional como “o intercâmbio internacional para o cumprimento extraterritorial de medidas processuais do Poder

21 GREZE, Benjamin. The extra-territorial enforcement of the GDPR: a genuine issue and the quest for alternatives. *International Data Privacy Law*, Oxford University Press, v. 9, n. 2, p. 109-128, 2019. Disponível em: <<https://doi-org.ez43.periodicos.capes.gov.br/10.1093/idpl/ipz003>> Acesso em: 28 de dez. 2020.

22 ARAÚJO, Nádia de. Abrangência extraterritorial da LGPD. Disponível em: <<https://nadiadearaujo.com/publicacoes/>> Acesso: 07 de dez. 2020.

Judiciário de outro Estado. Decorre do fato de o Poder Judiciário sofrer limitação territorial de sua jurisdição – atributo por excelência da soberania do Estado –, e necessitar do auxílio do Poder Judiciário de outro Estado nos casos em que suas necessidades transbordam as fronteiras para as daquele.”²³ A jurista Natália Peppi Cavalcanti demonstra que a cooperação não se restringe à esfera judicial, podendo abranger também o intercâmbio entre órgãos administrativos, ou mesmo a cooperação entre órgãos administrativos e judiciais pertencentes a países distintos.²⁴ Eis que o trabalho conjunto entre os países poderá ocorrer por meio do intercâmbio: a) entre órgãos jurisdicionais; b) entre órgãos administrativos; ou c) entre órgãos jurisdicionais e administrativos. É possível ainda o estabelecimento de regimes de cooperação jurídica – administrativa ou judicial – em nível global, regional ou bilateral, merecendo destaque também as redes focais.

Os esforços cooperativos entre a ANPD no Brasil e seus pares no estrangeiro, evidenciam a viabilidade das práticas cooperativas para: a) a efetiva aplicação das sanções a agentes de tratamento estabelecidos no estrangeiro, à luz do que elucidam os artigos 52 e seguintes da LGPD, b) o auxílio investigativo na verificação de causa para responsabilização ou não de tais agentes, c) o intercâmbio de informações relativas aos padrões técnicos mencionados ao longo do texto legal, e d) a aferição do cumprimento de requisitos e trâmites necessários para a livre transferência internacional de dados, em observância ao disposto nos artigos 33 e 34 da LGPD.

Nestas hipóteses, testemunhar-se-á a comunicação cooperativa pela via do contato direto. Nesse caso, órgãos específicos de um determinado Estado que necessita da cooperação de um outro, entram em contato direto com as suas contrapartes localizadas no país estrangeiro. O legislador pátrio expressou de maneira inequívoca o animus da LGPD em prol das práticas cooperativas entre a ANPD e seus pares no estrangeiro, conforme se verifica na redação dos incisos VII e IX do artigo 55-J do diploma, em referência às competências da ANPD.

Concorda-se com o entendimento de Natália Peppi Cavalcanti de que a ANPD e as DPAs poderiam se valer do instrumento auxílio direto. Trata-se de inovação do Código de Processo Civil - CPC/15 - Lei nº. 13.105, de 16 de março de 2015, diploma que reservou capítulo específico para tratar da Cooperação Jurídica Internacional. Os artigos 28 a 34 prevêm o auxílio direto como veículo de cooperação mais aberto, célere e efetivo quando comparado a institutos tradicionais como a carta rogatória e a homologação de sentenças estrangeiras. Nos termos do artigo 28, “é cabível quando a medida não decorrer diretamente de decisão de autoridade jurisdicional estrangeira a ser submetida a juízo de delibação no Brasil”, de maneira a evitar procedimentos intermediários. O artigo 30, por sua vez, prescreve que também podem ser objeto de auxílio direto a obtenção e prestação de informações sobre o ordenamento jurídico e sobre processos administrativos ou jurisdicionais (inciso I). Os casos de cooperação

23 ARAUJO, Nadia de. A importância da cooperação jurídica internacional para a atuação do Estado brasileiro no plano interno e internacional. In: Manual de cooperação jurídica internacional e recuperação de ativos: cooperação em matéria penal. Secretaria Nacional de Justiça. Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI). 3. ed. Brasília: Ministério da Justiça, 2014. p. 31.

24 CAVALCANTI, Natália Peppi. Acesso a dados além das fronteiras: a cooperação jurídica internacional como solução para o (aparente) conflito de jurisdições. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. p. 74- 100.

internacional administrativa que utilizem o pedido de auxílio direto, podem acontecer de duas maneiras: i) havendo órgão administrativo competente diverso da Autoridade Central para o atendimento ao pedido de auxílio, o pleito é enviado ao órgão para cumprimento – a ANPD será provavelmente o órgão administrativo competente²⁵; ii) não havendo tal órgão, será cumprido, como de praxe, pela própria autoridade central.

Apesar do Brasil não ratificar a Convenção 108²⁶, verifica-se a existência de terreno fértil em solo pátrio para a operabilidade do disposto em lei. Sem pretensão de realizar qualquer exercício de futurologia, é iminente a inserção do país, representado pela ANPD, em estruturas cooperativas em ascensão, tais quais os fóruns de autoridades de privacidade e proteção aos dados e iniciativas de cooperação multifocais em proteção aos dados, notadamente a Conferência Internacional de Autoridades de Proteção de Dados²⁷, a Rede-Ibero-americana de Proteção de Dados²⁸ e a Global Privacy Enforcement Network (GPEN)²⁹, entre outras iniciativas³⁰.

No que tange a execução extraterritorial dos direitos dos titulares dos dados, destaca-se a possibilidade concedida pela LGPD dos usuários pleitearem demandas contra um controlador ou processador perante os órgãos jurisdicionais, incluindo ações judiciais correspondentes a compensações e indenizações por danos sofridos em razão de violação da lei. À semelhança do que se testemunha no cenário pós-vigência do RGPD, é esperado um aumento no número de reivindicações privadas e coletivas em decorrência da pré-existente desproteção aos dados pessoais³¹.

Na tentativa de traçar reflexões preliminares sobre a viabilidade da cooperação jurisdicional e administrativa, verifica-se, a princípio, ser possível à luz da processualística brasileira o reconhecimento e execução de sentenças e decisões estrangeiras que a) possibilitem o exercício dos direitos do titular previstos sobretudo nos artigos 18, 19, 20 e 22 da LGPD em escala transnacional, promovendo o acesso à justiça e a obtenção de respostas do controlador sediado no estrangeiro às requisições do titular dispostas no artigo 18; e b) promovam a exequibilidade da devida responsabilização de entes violadores dos direitos dos titulares usuários de internet, conforme as regras estabelecidas nos artigos 42 e seguintes da LGPD.

25 Op cit. p.101.

26 Quanto às atividades de coordenação e cooperação, o Capítulo IV da Convenção 108 estabelece a ajuda mútua entre as diferentes partes, como exemplifica a obrigação do art. 13 de assistência mútua para o cumprimento da Convenção. Além disso, o Protocolo Adicional também reconhece em seu art. 1.5 um papel extremamente ativo para as autoridades de proteção aos dados. In: LOMBARTE, Artemi Rallo; MAHAMUT, Rosario García; CORDERO, Jorge Agustín Viguri. Cooperación y coordinación entre autoridades de protección de datos. In: Hacia un nuevo derecho europeo de protección de datos. Tirant lo Blanch, 2015. p. 739-769.

27 A Conferência visa conectar esforços de 122 autoridades de privacidade e proteção aos dados de todo o mundo, realizando em 2019 sua 41ª edição. Disponível em: <http://privacyconference2019.info/conference-report.pdf> Acesso: 07 de dez. 2020. Vide: LOMBARTE, Artemi Rallo; MAHAMUT, Rosario García; CORDERO, Jorge Agustín Viguri. Cooperación y coordinación entre autoridades de protección de datos. In: Hacia un nuevo derecho europeo de protección de datos. Tirant lo Blanch, 2015. p. 739-769.

28

29 A Global Privacy Enforcement Network (GPEN) foi criada para fortalecer a proteção da privacidade em escala global. Está instituída com base na Recomendação sobre Cooperação Transfronteiriça na Aplicação de Leis de Privacidade da OCDE. Disponível em: <https://www.privacyenforcement.net/> Acesso: 07 de dez. 2020.

30 Adota-se como referencial a lista não exaustiva de contextos cooperativos em matéria de privacidade e proteção aos dados reconhecidos pelo European Data Protection Board. Disponível em: https://edpb.europa.eu/international-cooperation_pt Acesso: 07 de dez. 2020.

31 GREZE, Benjamin. The extra-territorial enforcement of the GDPR: a genuine issue and the quest for alternatives. International Data Privacy Law. Volume 9, Issue 2, May 2019, Pages 109–128. Disponível em: <https://doi-org.ez43.periodicos.capes.gov.br/10.1093/idpl/ipz003> Acesso: 28 de dez. 2020.

Considerações finais

A produção de efeitos extraterritoriais do artigo 3º da LGPD encontra dificuldades no exercício da jurisdição executiva em escala transnacional. A carência de coordenação entre os procedimentos previstos nos vários instrumentos multilaterais de proteção ao tratamento dos dados de usuários de internet reclama a necessidade da cooperação jurídica internacional para a devida tutela da autodeterminação informativa. A análise das disposições do CPC/2015 demonstra a viabilidade dos mecanismos do auxílio direto e do reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras em ações coordenadas entre os órgãos jurisdicionais domésticos e as autoridades para a proteção aos dados estrangeiras, assim como entre a ANPD e seus pares ao redor do globo. Podem ser estruturados, assim, arranjos cooperativos jurisdicionais e administrativos que proporcionem a tutela de direitos fundamentais no ciberespaço sem limitar o fluxo transfronteiriço de dados portadores de valores dos quais depende a atual economia global.

Referências bibliográficas

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 março 2015. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> Acesso: 07 de dez. 2020

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso: 07 de dez. 2020.

BRASIL. Lei Geral de Proteção de Dados no Brasil (Lei nº 13.709, de 14 de Agosto de 2018). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm> .Acesso: 07 de dez. 2020

CAVALCANTI, Natália Peppi. Acesso a dados além das fronteiras: a cooperação jurídica internacional como solução para o (aparente) conflito de jurisdições. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

CONFERÊNCIA DA HAIA EM DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO. Cross-border data flows and protection of privacy. Disponível em: < <https://assets.hcch.net/upload/wop/genaff2010pd13e.pdf> >. Acesso: 15 dez. 2020.

GOLDSMITH, Jack; Wu, Tim. Who controls the internet? Ilusions of a borderless world. Oxford University Press, 2006.

GREZE, Benjamin. The extra-territorial enforcement of the GDPR: a genuine issue and the quest for alternatives. International Data Privacy Law. Volume 9, Issue 2, May 2019, Pages 109–128. Disponível em: <<https://doi-org.ez43.periodicos.capes.gov.br/10.1093/idpl/ipz003>> Acesso: 28 de dez. 2020.

LOMBARTE, Artemi Rallo; MAHAMUT, Rosario García; CORDERO, Jorge Agustín

Viguri. Cooperación y coordinación entre autoridades de protección de datos. In: Hacia un nuevo derecho europeo de protección de datos. Tirant lo Blanch, 2015. p. 739-769.

POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot. Direito Internacional Privado entre Jurisdição e Big Data: um olhar sobre internet e mobilidade transfronteiriça de dados. In: DE FARIAS, Inez Lopes Matos Carneiro; MOSCHEN, Valesca Raizer Borges. Desafios do direito internacional privado na sociedade contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot. Direito internacional privado nas fronteiras do trabalho e tecnologias: ensaios e narrativas na era digital. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

SEQUEIRA, Lucy Silva. La vida digital, o la memoria en números. Revista uruguaya de derecho internacional privado. ISSN 1510-0960, N°. 10, 2018, págs. 169-189.

WARREN, Samuel D. BRANDES, Louis D. The Right to Privacy. In: Harvard Law Review, v.4, n. 5, Dec. 15, 1890, p. 193-220. Disponível em:< https://groups.csail.mit.edu/mac/classes/6.805/articles/privacy/Privacy_brand_warr2.html>. Acesso em: dez. 2020.

Mediação no auxílio aos processos de insolvência empresarial

Mediation in the Aid to Business Insolvency Processes

Edson Freitas de Oliveira¹

Hugo Carvalho Bueno²

Sumário: 1. Introdução; 2. Recuperação Judicial; 3. Riscos de insolvência durante a pandemia Covid-19; 4. Mediação; 5. Mediação como auxílio para evitar a insolvência; Conclusão

Resumo: O presente artigo trata da utilização da mediação como forma de auxílio para resolução de conflitos empresariais decorrentes da pandemia Covid-19. Busca demonstrar que em razão da pandemia causada pelo novo coronavírus o número de eventuais litígios envolvendo quebra de contratos e não cumprimento de obrigações serão enormes; logo, devem ser estudadas formas para que se evite a judicialização de tais conflitos, de modo que sua solução seja mais dinâmica e célere, a fim de se evitar o colapso do sistema judiciário brasileiro, que já se encontra operando em capacidade máxima. Discute diversas medidas já editadas por autoridades legislativas e judiciárias, como Lei no 14.112 /2020, recentemente aprovada, o Projeto de Lei 1.397 /2020, ainda em tramitação e recomendações do Conselho Nacional de Justiça, que buscam incentivar a utilização de meios alternativos para resolução de conflitos, bem como tece algumas considerações a respeito deles. Apresenta motivos para utilização da mediação, como também demonstra casos em que seu uso foi extremamente útil. Por fim, conclui que a utilização da mediação dentro ou de forma antecedente a processos de insolvência só vem a gerar benefícios para todas as partes, devendo seu uso ser incentivado cada vez mais pelos operadores do direito, a fim de que o Brasil se adeque às regras mais utilizadas por países desenvolvidos na solução de conflitos.

Palavras-chave: Mediação; Recuperação Judicial; Covid-19; Insolvência,

Abstract: This article deals with the use of mediation as a way of helping to resolve business conflicts arising from the Covid-19 pandemic. It seeks to demonstrate that due to the pandemic caused by the new coronavirus, the number of possible disputes involving breach of contracts and non-compliance with obligations will be huge, so ways must be studied to avoid the judicialization of such conflicts, so that their solution is more dynamic and swifter, to avoid the collapse of the Brazilian judicial system, which is already operating at full capacity. It discusses several measures already enacted by legislative and judicial authorities, such as Law No. 14.112 / 2020, recently approved, Bill 1.397 / 2020, still pending and recommendations by the National Council of Justice, which seek to encourage the use of alternative means for conflict resolution, as well as makes some considerations about them. Provides reasons for using mediation, as well as demonstrating cases in which its use was extremely useful. Finally, it concludes that the use of mediation within or prior to insolvency proceedings only generates benefits for all parties, and its use should be encouraged more and more by the operators of the law, so that Brazil adapts itself to the rules most used by developed countries in conflict resolution.

Key words: Mediation; Judicial recovery; Covid-19; Insolvency

¹ Professor e Coordenador de Pós-Graduação do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente; doutorando pela Universidade de Marília/SP.; mestre em direito pela Instituição Toledo de Ensino de Bauru/SP.; Advogado; Contador. E-mail: edson_freitas@toledoprudente.edu.br.

² Graduando no curso de Direito do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. Email: hugobueno98@gmail.com.

1. Introdução

Não há como negar que o ano de 2020 ficará marcado como aquele em que ocorreu uma das maiores crises no setor empresarial da história recente. As ações tomadas pelos governos no esforço de conter a proliferação do vírus Sars-CoV-2 fez com que diversos setores da economia parassem de funcionar ou funcionassem de forma extremamente reduzida, gerando uma onda de demissões, inadimplementos e fechamento de estabelecimentos comerciais.

Em razão disso, ações de caráter público tiveram que ser tomadas de forma emergencial. No que diz respeito à situação econômico-financeira das empresas, Legislativo e Judiciário³ tiveram que agir rapidamente, a fim de pelo menos tentar evitar uma onda de pedidos de recuperação judicial e de quebras, que iriam inundar o sistema judiciário de forma que este não conseguiria - ou teria muitas dificuldades de absorver - tal quantidade de processos, que são, por sua natureza, complexos.

Assim, foram editadas pelo CNJ – Conselho Nacional de Justiça recomendações para que juízes e tribunais agissem de forma mais flexível em relação às regras previstas na Lei nº 11.101, de 2005 (a denominada “Lei de Falências” ou “Lei de Recuperação de Empresas”), levando em consideração as dificuldades decorrentes da pandemia Covid-19 enfrentadas pelas empresas. No âmbito do Poder Legislativo, o Projeto de Lei 1397/2020⁴, ainda em tramitação, de autoria do Deputado Federal Hugo Leal, traz uma série de alterações transitórias para os procedimentos de recuperação judicial e falência com o intuito de evitar quebras durante o período da pandemia. Porém, a maior inovação recente oriunda do Poder Legislativo se encontra na recente aprovação da Lei nº 14.112, de 24 de dezembro de 2020, que traz uma série de mudanças na atual legislação recuperacional e falimentar⁵.

Tanto a lei já editada quanto o projeto ainda em tramitação apresentam incentivos à utilização das formas alternativas para a resolução de conflitos, tais como a possibilidade de negociações preventivas por iniciativa do devedor e o incentivo à realização de mediações e conciliações.

O presente artigo buscou tecer considerações a respeito de um desses meios alternativos para resolução de conflitos em casos de risco de insolvência: a mediação.

2. Recuperação Judicial

A recuperação judicial é o instituto previsto na Lei nº 11.101/05, em seu artigo 47, que tem por objetivo auxiliar as empresas em situação de crise econômico-financeira, concedendo-lhes proteção judicial para que consigam negociar com os credores, reorganizarem-se e retornar à atividade econômica, desde que atendidos os requisitos no artigo 48 da mesma lei.

3 Não se desconhece que houve medidas adotadas também pelo Poder Executivo, tais como a abertura de créditos extraordinários e a suspensão e parcelamento especial de créditos tributários, mas estas medidas fogem ao escopo e limites do presente artigo.

4 CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei nº 1.397 de 2020. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1872397&filename=PL+1397/2020. Acesso em 10 de dezembro de 2020

5 Vigência apenas trinta dias após a sua data de publicação (24/12/2020).

A lei prevê uma série de meios que podem auxiliar a empresa durante o processo de recuperação, através de uma lista exemplificativa constante no artigo 50 da Lei nº 11.101/05, contêm somente algumas ideias ou diretrizes para as partes envolvidas no processo recuperacional. Conforme Ayoub e Cavalli⁶: “Os meios de recuperação Judicial indicados no art. 50 da LRF integram um rol meramente exemplificativo.” Logo, percebe-se que as empresas possuem uma grande liberdade para proporem as melhores formas para saírem da situação econômico-financeira desfavorável. Ainda conforme Ayoub e Cavalli:

“Compete à empresa devedora apresentar seu plano de recuperação judicial, tarefa para a qual possui grande margem de liberdade, que encontra como grande limitação o fato de que ele será objeto de deliberação da assembleia geral de credores. Afora esse limite, encontram-se na Lei 11.101/2005 alguns limites pontualmente estabelecidos”.

Não há, assim, qualquer óbice quanto à adoção de medidas como a mediação para auxiliar no processo de recuperação de empresas.

3. Riscos de Insolvência Durante a Pandemia Covid-19

A pandemia Covid-19 chegou sem dar avisos e trouxe uma série de problemas para as empresas de uma forma muito instantânea e imprevisível. Muitas foram obrigadas, diante da adoção pelos órgãos governamentais de medidas de proteção quanto ao contágio, a fechar os seus estabelecimentos ou terem horários de funcionamento limitados. Conforme dados do IBGE⁷, cerca de 522.000 empresas encerraram as suas atividades durante a pandemia. Em razão deste estado caótico vivido pelas empresas, o Legislativo e o Judiciário tiveram de se apressar para apresentarem medidas que auxiliem as empresas durante este período.

Uma destas medidas auxiliaadoras foram recomendações editadas pelo CNJ - Conselho Nacional de Justiça. A Recomendação nº 63 do CNJ⁸ apresentou sugestões de diversas medidas passíveis de serem aplicadas por juízes e tribunais, com a finalidade de relativizarem a aplicação da Lei nº 11.101/2005 nos casos já em tramitação.

Outras medidas importantes foram tomadas no âmbito do Poder Legislativo, destacando-se a edição da Lei nº 14.112, de 24 de dezembro de 2020, que apresenta uma série de alterações na Lei de Recuperações Judiciais e Falências, restringindo-se o presente estudo à possibilidade de utilização da mediação para acelerar e otimizar o processo de recuperação judicial.

Como dito anteriormente, tudo indica que o Judiciário não seria capaz de absolver a quantidade de demandas que seriam apresentadas pelas empresas em

6 AYOUB, Luiz Roberto; CAVALLI, Cásio, A Construção Jurisprudencial na Recuperação Judicial de Empresas, 3. ed. Rio de Janeiro. Editora Forense, 2017, página 230.

7 AGÊNCIA IBGE NOTICIAIS, disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/28294-pesquisa-pulso-empresa-entre-as-empresas-que-estavam-fechadas-na-1-quinzena-de-junho-39-4-encerraram-atividades-por-causa-da-pandemia>. Acesso em 13 de dezembro de 2020

8 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Recomendação no 63, de 31 de março de 2020. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3261#:~:text=2%C2%BA%20Recomendar%20a%20todos%20os,de%20pandemia%20de%20Covid%2D19>. Acesso em 11 de dezembro de 2020

risco de insolvência - e pelos credores - decorrentes dos efeitos da pandemia. A quantidade de contratos que foram inadimplidos e de obrigações que não foram cumpridas durante este período sui generis de nossa história é enorme. Logo, é de extrema utilidade, tanto para as empresas e credores, quanto para o Judiciário, a utilização de medidas que evitem a necessidade de solução judicial.

4. Mediação

A mediação é um instrumento presente no ordenamento jurídico brasileiro desde o ano 2015, quando foi publicada a Lei 13.140, de 26 de junho de 2015. Em seu artigo 1º, parágrafo único, tal lei define a mediação como: “(...) a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia”.

Tal instituto se mostra como um forte auxiliador para resolução de conflitos envolvendo credores e devedores. Como o intuito do devedor é manter a sua empresa e o do credor é receber o seu crédito de forma mais rápida possível, todos saem ganhando com a resolução do conflito de forma mais célere.

Fernanda Tartuce⁹ demonstra ser esse o fim para qual o instituto foi criado: “A mediação permite que os envolvidos na controvérsia atuem cooperativamente em prol de interesses comuns ligados à superação de dilemas e impasses; afinal, quem poderia divisar melhor a existência de saídas produtivas do que os protagonistas da história?”

A legislação estabelece regras e princípios na busca de incentivar a utilização desse meio alternativo de solução de conflitos. Porém, a cultura presente na sociedade brasileira ainda impede a sua utilização de forma massificada. Para muitos a utilização de outra forma de resolução de conflitos que não seja a judicial apresenta-se como ineficaz.

Entretanto, no presente cenário, especificamente quanto aos efeitos econômicos da pandemia Covid-19, a utilização das formas alternativas de resolução de conflitos é altamente indicada. Por serem uma forma bem menos custosa e mais célere, todos os tipos de empresas podem utilizá-las, principalmente as pequenas empresas, que possuem dificuldades de acesso ao Judiciário, que foram as mais afetadas pela pandemia e que representam a maior parte dos pedidos de recuperação judicial.

5. Mediação Como Auxílio Para Evitar a Insolvência.

Como dito anteriormente, o instituto da mediação já existe há mais de cinco anos no ordenamento jurídico brasileiro, sendo incentivado por diversas instituições do país.

O próprio CNJ já teceu recomendações neste sentido. A Recomendação CNJ nº 58, de 2019, trouxe para os magistrados a sugestão de, sempre que possível, utilizar a mediação para resolução de conflitos dentro de processos de recuperação judicial e falências.

⁹ TARTUCE, Fernanda. Mediação nos conflitos civis, 6 ed. Rio de Janeiro. Editora Forense, 2020, página 189.

Pode-se perceber que estão sendo realizados diversos esforços no sentido de se promover a utilização deste método de resolução de conflitos, de forma que a cultura do litígio seja mitigada e que o Brasil se adeque aos países mais desenvolvidos, onde tal instituto é utilizado de forma massificada.

Um exemplo de mediação utilizada de forma muito eficaz foi durante o processo de recuperação judicial da companhia telefônica Oi. Devido à quantidade enorme de credores envolvidos no processo, a utilização da mediação se tornou fundamental, tornando extremamente ágil e célere um processo negocial que antes demorava muito tempo para acontecer. O projeto iniciado pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, visou atender, inicialmente, cerca de 20 mil credores¹⁰, sendo que a maior parte destes pedidos de negociações foram realizados através de plataformas online¹¹, criada pela FGV – Fundação Getúlio Vargas, garantindo segurança para as partes.

Além de proporcionar ao devedor uma forma mais rápida de revolver conflitos, a mediação serve como termômetro para analisar até que nível de deságio os credores aceitarão, de forma que auxilie o devedor a formar um plano mais concreto em um eventual pedido de recuperação judicial ou extrajudicial. Outra vantagem da utilização da mediação é a diminuição de incidentes e impugnações de crédito. Com a utilização da mediação os acordos realizados de forma antecipada ou já dentro do processo são apresentados ao juiz para homologação, de forma que se evite diversas outras ações ou incidentes que consomem uma quantidade de tempo e de recursos enorme.

Na recém aprovada Lei nº 14.112/2020 a mediação está presente no artigo 20 e seguintes, sendo que o artigo 20-A incentiva o uso desta modalidade em todas as fases do processo: “A conciliação e a mediação deverão ser incentivadas em qualquer grau de jurisdição, inclusive no âmbito de recursos em segundo grau de jurisdição e nos Tribunais Superiores”.

Já no artigo 20-B o incentivo está relacionado ao uso da mediação em uma fase pré-processual, momento em que ainda não tenha sido ajuizado o pedido de recuperação judicial.

Entretanto, o mais importante artigo introduzido pela nova lei encontra-se no parágrafo primeiro do artigo 20-B, que permite às empresas requerer, de forma cautelar, a suspensão das ações de execução, por um prazo de até 60 dias, de forma que se crie um período de segurança para elas, no sentido de que poderão negociar mais facilmente sabendo que por um certo momento não serão demandadas judicialmente. Interessante apontar que os métodos de negociação apresentados pela lei a serem usados nesta situação são a mediação e conciliação.

Analisando o texto da lei recém aprovada, juntamente com o Projeto de Lei nº 1.397/2020, é possível perceber uma tendência do legislador em incentivar o uso de tal método. Inspirado em padrões já estabelecidos em outros países, a mediação dentro de processo de insolvência – ou sua prevenção – tem muito a agregar e auxiliar todos as

10 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO. Jusbrasil. Caso Oi: mediação extrajudicial com cerca de 20 mil credores começa nessa sexta-feira no Rio. <https://tj-rj.jusbrasil.com.br/noticias/471222140/caso-oi-mediacao-extrajudicial-com-cerca-de-20-mil-credores-comeca-nessa-sexta-feira-no-rio#:~:text=A%20media%C3%A7%C3%A3o%20extrajudicial%20permite%20que,explica%20o%20presidente%20do%20Nupemec%2C>. 2018. Acesso em 19 de janeiro de 2020.

11 FGV. Plataforma de Recuperação judicial do Grupo Oi. Disponível em: <https://www.credor.oi.com.br/> Acesso em 15 de dezembro de 2020.

partes envolvidas no litígio ou até antes dele.

O TJSP – Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por meio dos provimentos CG no 11/20 e CG no 19/20 apresentou projetos pilotos relacionados à utilização da mediação pré-processual para solução de conflitos empresariais envolvendo, especialmente, micro e pequenas empresas, que foram as mais atingidas pela crise decorrente da Covid-19.

O artigo primeiro do Provimento CG n 19/20 contém a seguinte redação:

Art. 1º. Criar projeto-piloto de mediação pré-processual de apoio à renegociação de obrigações relacionadas aos empresários e sociedades empresárias, incluindo as individuais, de micro, pequeno e médio porte (MEI, ME e EPP) decorrentes dos efeitos da Covid-19, destinado a empresários e sociedades empresárias, nos termos do artigo 966 do Código Civil, e demais agentes econômicos.

Portanto, pode-se perceber que está ocorrendo uma mudança de comportamento em relação aos processos de insolvência empresarial. A cada dia que passa, mais profissionais se familiarizam com o instituto da mediação e passam a aplicá-la em casos cotidianos.

Embora a aplicação prática ainda não ofereça muitos exemplos, a continuação do incentivo à utilização deste meio é altamente necessária, de forma que com o tempo o Brasil seja visto, também por este motivo, por países mais desenvolvidos, como um igual.

Conclusão

Diante do exposto, pode-se perceber que é só uma questão de tempo para que a mediação seja utilizada de forma massificada em processos de resolução de conflitos empresariais no Brasil. Não há como negar que este instituto funciona muito bem e é de grande auxílio tanto para as partes - que chegam a uma solução de forma mais célere -, tanto para o Judiciário, que não precisa analisar toda e qualquer discussão envolvendo concurso de credores.

O incentivo contínuo à utilização de meios alternativos e a formação de mediadores cada vez mais experientes farão da mediação um grande auxiliador na resolução de conflitos empresariais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGÊNCIA IBGE NOTÍCIAS. Estatísticas Econômicas, Pesquisa Pulso Empresa: Entre as empresas que estavam fechadas na 1ª quinzena de junho, 39,4% encerraram atividades por causa da pandemia, 2020. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/28294-pesquisa-pulso-empresa-entre-as-empresas-que-estavam-fechadas-na-1-quinzena-de-junho-39-4-encerraram-atividades-por-causa-da-pandemia>. Acesso em 13 de dezembro de 2020

AYOUB, Luiz Roberto; CAVALLI, Cásio, A Construção Jurisprudencial na Recuperação Judicial de Empresas. 3. ed. Rio de Janeiro. Editora Forense, 2017

BRASIL. Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm. Acesso em 18 de dezembro de 2020

BRASIL. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm. Acesso em 18 de dezembro de 2020

BRASIL. Lei nº14.112, de 24 de dezembro de 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14112.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%2014.112%2C%20DE%2024%20DE%20DEZEMBRO%20DE%202020&text=Altera%20as%20Leis%20nos,empres%C3%A1rio%20e%20da%20sociedade%20empres%C3%A1ria. Acesso em 26 de dezembro de 2020.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei. nº 1.397 de 2020. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1872397&filename=PL+1397/2020. Acesso em 10 de dezembro de 2020

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Recomendação nº 58, de 22 de novembro de 2019. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3070#:~:text=Recomenda%20aos%20magistrados%20respons%C3%A1veis%20pelo,poss%C3%ADvel%2C%20o%20uso%20da%20media%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em 11 de dezembro de 2020

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Recomendação nº 63, de 31 de março de 2020. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3261#:~:text=2%C2%BA%20Recomendar%20a%20todos%20os,de%20pandemia%20de%20Covid%2D19>. Acesso em 11 de dezembro de 2020

FGV. Plataforma de Recuperação Judicial do Grupo Oi. Disponível em: <https://www.credor.oi.com.br/>. Acesso em 15 de dezembro de 2020.

TARTUCE, Fernanda. Mediação nos Conflitos Cíveis, 6. ed. Rio de Janeiro. Editora Forense, 2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO. Jusbrasil. Caso Oi: mediação extrajudicial com cerca de 20 mil credores começa nessa sexta-feira no Rio. <https://tj-rj.jusbrasil.com.br/noticias/471222140/caso-oi-mediacao-extrajudicial-com-cerca-de-20-mil-credores-comeca-nessa-sexta-feira-no-rio#:~:text=A%20media%C3%A7%C3%A3o%20extrajudicial%20permite%20que,explica%20o%20presidente%20do%20Nupemec%2C>. 2018. Acesso em 19 de janeiro de 2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Provimento cg nº 11/2020, de 17 de abril de 2020. Disponível em: https://www.tjsp.jus.br/Download/Portal/Coronavirus/Comunicados/Provimento_CG_N11-2020.pdf. Acesso em 17 dezembro de 2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Provimento CG nº 19/2020 de 09 de julho de 2020. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/Download/Portal/Coronavirus/Comunicados/ProvimentoCG19-2020.pdf>. Acesso em 17 dezembro de 2020.

Direito fiscal aplicado ao direito da moda

Tax law applied to fashion law

Juliana Silva de Paula¹

Rui Miguel Zeferino Ferreira²

Sumário: 1. Introdução; 2. Enquadramento do setor têxtil na economia mundial; 3. Problemas contemporâneos do exercício da atividade têxtil; 3.1. Os impactos ambientais; 3.2. Os impactos laborais; 3.3. Os impactos fiscais; 4. As soluções contemporâneas e as soluções futuras. 4.1. Soluções contemporâneas: a cláusula social nos contratos de comércio internacional; 4.2. Proposta futura; 5. Considerações finais.

Resumo: O presente artigo visa analisar a importância da indústria têxtil na economia mundial, questionando o problema da competitividade da produção com o mercado internacional dos países desenvolvidos e países em vias de desenvolvimento e os problemas decorrentes do aumento da carga tributária sobre o exercício dessa atividade. O estudo do tema justifica-se, por um lado, pelos problemas contemporâneos resultantes do exercício da atividade do setor têxtil e, por outro, pelo papel que os tributos podem desempenhar na regulação desses problemas. É relevante perceber como a simplificação do sistema tributário contribui para beneficiar as empresas na sua produtividade, reduzindo os seus custos sem desequilibrar o meio ambiente e, bem assim, sem recorrer, de forma contrária aos direitos humanos e laborais, a meios inadequados de mão-de-obra. Assim, socorrendo-se de uma metodologia qualitativa, de revisão teórica na qual foram feitas as pesquisas bibliográficas com o levantamento de informações sobre os impactos causados pelo aumento da tributação no mercado da moda. Neste sentido, encontrou-se nos tributos um efeito extrafiscal capaz de regular os problemas ambientais e laborais identificados, ao invés de se recorrer à solução da cláusula social, que na maioria das vezes se apresenta como uma solução injusta para os países em vias de desenvolvimento e carregada de hipocrisia pelos países desenvolvidos.

Palavras-chave: Direito da moda; tributos; problemas ambientais; problema laborais; cláusula social.

Abstract: This article aims to analyze the importance of the textile industry in the world economy, questioning the problem of the competitiveness of production with the international market of developed countries and developing countries and the problems arising from the increase in the tax burden on the exercise of this activity. The study of the theme is justified, on the one hand, by the contemporary problems resulting from the activity of the textile sector and, on the other, by the role that taxes can play in the regulation of these problems. It is important to understand how the simplification of the tax system contributes to the benefit of companies in their productivity, reducing their costs without unbalancing the environment and, also, without resorting, in a way contrary to human and labor rights, to inadequate means of labor. Thus, making use of a qualitative methodology, of theoretical revision in which bibliographic research were made with the gathering of information about the impacts caused by the increase of taxation in the fashion market. In this sense, an extra fiscal effect was found in the taxes capable of regulating the identified environmental and labor problems, instead of resorting to the solution of the social clause, which most often presents itself as an unfair solution for developing countries. and loaded with hypocrisy by developed countries.

Keywords: Fashion law; tax; environmental problems; labor problems; social clause.

1 Pós-Graduada em Direito do Trabalho e Previdenciário pela Universidade Eurípides de Marília (UNIVEM), Pós-Graduada em Direito do Estado com ênfase em Direito Tributário pela Universidade de Marília (UNIMAR). Membro do Grupo de Pesquisa Análises Econômica e Social do Direito pela Universidade de Marília (UNIMAR). Membro do Grupo de Pesquisa Tributação, Eficiência e Direitos Fundamentais pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR) -Campus Londrina. Email: j_d_paula@hotmail.com.

2 Professor-Adjunto no Instituto Superior de Entre Douro e Vouga (ISVOUGA). Assistente Convidado na Escola Superior de Administração, Comunicação e Turismo, do Instituto Politécnico de Bragança (IPB). Investigador integrado no JUSGOV – Centro de Investigação em Justiça e Governação, da Universidade do Minho, afeto ao grupo de investigação E-Tec – Estado, Empresa e Tecnologia. Investigador da Universidade de Santiago de Compostela (USC), Espanha. Juiz-Árbitro no Centro de Arbitragem Administrativa (CAAD) em matéria tributária e administrativa. Advogado. E-mail: r.ferreira@doc.isvouga.pt.

1. Introdução

O mercado têxtil é o ramo da atividade económica que na atualidade mais trabalhadores emprega no mundo, mas onde também se observa que o mesmo vem passando por grandes desafios em relação à competitividade e ao aumento da carga tributária, caracterizado, por um lado, pelos preços elevados dos produtos e, por outro, por diversos riscos para a sociedade e para o planeta. Efetivamente, por efeito dos elevados custos, tanto no processo de iniciação da sua produção como também para finalização desses produtos, tais circunstâncias têm reflexos, diretos e indiretos, nas questões ambientais, tributárias e no uso da mão-de-obra inadequada.

Com fundamento e sustentação na revisão teórica, na qual foram feitas as pesquisas bibliográficas em que se procedeu ao levantamento de informações sobre a produtividade nos países desenvolvidos e os seus distintos impactos, pautando-se pelo método interpretativo sistemático, bibliográfico e com consulta a fontes legislativas e científicas.

O presente trabalho desenvolve-se em quatro secções mais as considerações finais. Inicialmente, explora-se ainda que de uma forma breve a importância do mercado e da atividade económica do setor têxtil para a economia mundial, elencando-se os fatores que contribuem para esse crescimento económico. Em seguida, são descritos e analisados os principais problemas contemporâneos que atividade têxtil, nomeadamente, observando os efeitos e os danos que pode causar para o meio ambiente, bem como as consequências laborais e fiscais que lhe estão associadas, em particular, por um lado, a utilização de mão-de-obra infantil e escrava e, por outro, o recurso a sistemas tributários complexos e com elevados custos de acatamento, que agravam os problemas identificados precedentemente.

Neste âmbito, são descritas as soluções contemporâneas e as soluções futuras, em que as primeiras envolvem o recurso à denominada cláusula social e, as segundas, podem ser construídas com base em soluções extrafiscais dos tributos e na simplificação dos sistemas tributários, que poderão solucionar a problemática dos impactos. Por último, pretende-se sintetizar os principais aspetos abordados ao longo do presente artigo, avaliando a solução fiscal de simplificar o sistema tributário.

2. Enquadramento do setor têxtil na economia mundial

A compreensão da economia mostra-se fundamental para o entendimento do funcionamento e dos problemas que se colocam no desenvolvimento das diversas atividades económicas, pelo que cabe observar com algum cuidado o setor da indústria têxtil. Sabe-se que o setor e mercado da moda vem conhecendo um movimento de exponencial crescimento económico a cada dia e, bem assim, que a possibilidade da continuação desse crescimento depende de as indústrias conseguirem gerar incrementos substanciais na sua produtividade. Acresce que, o setor e o mercado têxtil têm a capacidade de gerar enormes movimentações de capital em todo mundo. É evidente que o crescimento económico desse mercado decorre também de fatores

derivados da necessidade humana, como seja, o vestuário para uso próprio ou para uso doméstico, dos quais são exemplificativos os relacionados com produtos têxteis para a cama, mesa e banho, entre outros desse mercado.

De acordo com LUIZ CARLOS ALMEIDA³ “todo sistema econômico é permeado de regras, normas e leis que refletem o estágio de evolução de cada grupo social, ou seja, sua maneira interior de sentir, agir e pensar, que irá determinar os critérios para solucionar os problemas econômicos”. Sob esse entendimento é possível verificar a mutação do comportamento humano, na medida em que se ampliam as suas necessidades, fazendo, por um lado, surgir novas maneiras de satisfazê-las e, por outro, é possível verificar que as suas tradições, regras e valores vão sendo modificados com o passar do tempo e a evolução da sociedade. Neste âmbito, quando se analisa o setor e o mercado das indústrias têxtil num cenário mundial, é possível verificar que esta produção industrial apresenta um nível bastante significativo em alguns países, como sucede com a China. Para além do peso deste setor industrial é possível igualmente verificar que países como a China conseguem apresentar produtos a preços bastante baixos.

Segundo os dados apresentados pela CNI⁴, “a China possui o melhor desempenho em relação à produção. A participação chinesa no valor adicionado da indústria de transformação mundial cresceu de 28,85%, em 2018, para 29,67%, em 2019”.⁵ Assim, a competitividade conseguida no mercado internacional por países como a China e outros países desenvolvidos, representa um grande desafio para os países em desenvolvimento, bem como para países que não conseguem promover economias de escala ou que possuem um nível baixo de recursos, tanto ao nível das matérias primas como de recursos humanos. Porém, essa procura crescente de competitividade e de produtividade é geradora de vários problemas, que acabam atingindo o exercício da atividade têxtil, como sejam os problemas ambientais, laborais e fiscais, que são na secção seguinte analisados.

3. Problemas contemporâneos do exercício da atividade têxtil

3.1 Os impactos ambientais

Quando se analisa a competitividade da produção do setor têxtil, verificamos que alguns países no mundo, inclusive, potências neste setor de atividade económica, tanto desenvolvidos como em vias de desenvolvimento, vêm violando alguns dos mais elementares direitos humanos, bem como, causando graves prejuízos para o meio ambiente. Esta realidade vem sendo causadora do aumento das desigualdades sociais e de perturbações no equilíbrio da biodiversidade do meio ambiente e da

3 ALMEIDA, Luiz Carlos. Introdução ao Direito Econômico: direito da economia, economia do direito, direito econômico, law and economics, análise econômica do direito, direito econômico internacional. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.123.

4 A sigla “CNI” tem como significado: Confederação Nacional das Indústrias. A referida entidade disponibiliza dados estatísticos sobre a produtividade na indústria no Portal da Indústria. CONFEDERAÇÃO NACIONAL DAS INDÚSTRIAS. Estatísticas. Produtividade na Indústria. Apresenta dados estatísticos da produtividade do trabalho trimestral, na indústria transformadora. Disponível em: <<http://www.portaldaindustria.com.br/estatisticas/produtividade-na-industria/>>. Acesso em: 02 jan. 2021.

5 Ibidem.

sustentabilidade da própria existência humana como a conhecemos na atualidade.

A indústria da moda para além da competitividade entre os distintos países, é causadora da emissão de gases poluentes, nomeadamente, pela libertação de dióxido de carbono e pelo uso de produtos químicos na fase de tingimentos, que, entre outros fatores, promovem a degradação do meio ambiente e da própria civilização humana, tal como a conhecemos, em particular pelos efeitos nefastos sobre a camada do ozônio. De acordo com o relatório do Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas (IPCC), da Organizações das Nações Unidas, “estima-se que as atividades humanas tenham causado cerca de 1,0°C de aquecimento global acima dos níveis pré-industriais, com uma variação provável de 0,8°C a 1,2°C. É provável que o aquecimento global atinja 1,5°C entre 2030 e 2052, caso continue a aumentar no ritmo atual”⁶.

Consequentemente, estes factos são preocupantes, dos quais os desastres naturais serão uma realidade cada vez mais presente, que passarão a ocorrer com maior frequência, se não for realizada uma efetiva fiscalização que impeça ou abrande as abruptas mudanças climáticas e os danos causados ao meio ambiente e à humanidade, que serão, em si mesmas, causadoras do crescimento das desigualdades sociais.

Para FERNANDO DE ALMEIDA SANTOS “o papel das empresas deve ir além dos seus impactos ambientais, pois não se preocupar com essas alterações climáticas é não dar importância à vida”⁷. Isto é, não se preocupar com estas questões aumentam ainda mais o desequilíbrio ecológico e social.

Segundo a legislação brasileira, a lei n.º 9605, de 12 de fevereiro de 1998, no seu art. 54.º estabelece que, “causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora”⁸, são factos jurídicos considerados crimes ambientais, suscetíveis de punição. A Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988, também elenca em seu art. 225.º que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para presentes e futuras gerações”⁹.

Neste sentido, o Brasil possui diversas normas legais com o objetivo de proteger e regenerar o meio ambiente, mas, mesmo assim, existe um número grande grau de incumprimento por parte das indústrias do setor têxtil, pelo que a sua atividade carece de uma fiscalização mais efetiva.

6 Cfr. MASSON-DELMOTTE, Valérie; PORTNER, Hans-Otto; SKEA, Jim [et. Al.]. Aquecimento Global de 1,5°C. Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas (IPCC). WMO; UNEP. Versão em português publicada pelo MCTIC em julho de 2019, Brasil. Disponível em: <<https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/2019/07/SPM-Portuguese-version.pdf>>. Acesso em: 02 jan. 2021.

7 SANTOS, Fernando de Almeida. Ética empresarial: Políticas de Responsabilidade social em 5 dimensões. 1. ed. [3a. Reimpr.]. São Paulo: Atlas, 2019, p. 61.

8 BRASIL. Lei n.º 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em <planalto.gov.br>. Acesso em: 20 dez. 2020.

9 BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, compilado até a Emenda Constitucional no 105/2019. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2020, p. 66.

3.2. Os impactos laborais

A procura incessante pela produtividade máxima, bem como a celeridade no processo de produção e os custos baixos, promove que as empresas procurem um perfil de funcionário que esteja sujeito à violação de vários direitos humanos, que consubstanciando situações de ilegalidade nos países desenvolvidos, em muitos países em desenvolvimento tal não sucederá, onde serão inclusivamente vistas como vantagens competitivas. Esta realidade está bem patente na jornada exaustiva de trabalho, nos baixos salários, no trabalho forçado, nas condições degradantes, insalubres e até mesmo o uso do trabalho infantil, para tornar a mão-de-obra mais barata e eficaz nos seus objetivos lucrativos de elevada produtividade.

O art. 5º, da Constituição da República Federativa do Brasil¹⁰, inciso III, dispõe que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”. Por seu lado, o inciso XVIII refere que “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”. Por último, no inciso XLVII, alínea c), “proíbe a adoção de pena de trabalhos forçados”. Em face deste contexto legal, são perceptíveis a violação de direitos, não só dos direitos fundamentais constantes da Constituição Federativa Brasileira, designadamente de direitos humanos, mas também dos direitos laborais resultantes da legislação trabalhista.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos¹¹ deixa claro na Carta que, “os povos das Nações Unidas proclamam, de novo, a instaurar melhores condições de vida dentro de uma liberdade mais ampla”. O art. 4.º desta Declaração mostra a proibição do trabalho escravo e no art. 5º é consagrado que “ninguém será submetido a tortura nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes”. Neste âmbito, apesar do Ministério dos Direitos Humanos (MDH) atuar no sentido de combater o trabalho escravo, para garantir a efetiva aplicação do princípio da dignidade humana, em consonância com os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal e na Declaração Universal de Direitos Humanos, nem sempre esses direitos têm sido garantidos e aplicados da forma mais eficaz.

Em face dos dados apresentados pelo Ministério da Economia, “a indústria têxtil brasileira é um dos maiores empregadores industriais do Brasil, mais de 628 mil trabalhadores foram admitidos, porém, há as informalidades como características nas contratações, e a desinformação ameaça os direitos dos trabalhadores.”¹². Assim, como exemplo desta realidade pode-se indicar a entrada de trabalhadores de forma irregular, os quais de sujeitam a determinados tipos e condições de trabalho mais degradantes, por receio da deportação ou do retorno forçado.

10 BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, compilado até a Emenda Constitucional no 105/2019. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2020, p. 9-11.

11 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Centro Regional de Informação para a Europa Ocidental. Disponibilizado em: < <https://unric.org/pt/declaracao-universal-dos-direitos-humanos/>>. Acesso em: 20 dez. 2020.

12 BRASIL, Ministério da Economia. Agenda de Autoridades – Economia. “Movimento Fashion Revolution defende ética na produção e compra de roupas”. 24 abr. 2019. Disponibilizado em: <<http://antigo.economia.gov.br/Economia/noticias/2019/04/movimento-fashion-revolution-defende-etica-na-producao-e-compra-de-roupas>>. Acesso em: 20 dez. 2020.

3.3. Os impactos fiscais

Em relação aos aspetos económicos, o Brasil ocupa a “15.^a posição, entre 18 países, no fator determinante da competitividade Peso dos tributos, segundo o relatório Competitividade Brasil 2018-2019: comparação com países selecionados.”¹³. Nesse âmbito, a Confederação Nacional da Indústria (CNI) afirma que a carga tributária brasileira é uma das mais elevadas, principalmente sobre as empresas industriais. No Brasil “a alíquota nominal sobre as empresas que recolhem pelo regime de Lucro Real é de 34%. Esse é o pior índice num ranking com 18 países que competem diretamente com o Brasil no mercado internacional, segundo análise a partir da base de dados Tax Rates Online, da KPMG”¹⁴.

Com efeito, devido ao aumento do custo tributário e aos seus impactos no preço final dos produtos, “a carga tributária no Brasil chegou em 33,17% do Produto Interno Bruto (PIB) em 2019”¹⁵. Com base neste cenário, tanto as empresas de pequeno como de grande dimensão têm necessidade de se manter informadas quanto à legislação tributária, tentando, ainda que de forma legal, reduzir o impacto desses tributos na sua atividade económica.

As empresas são tributadas em diversos tipos de situações, seja na venda do produto, sobre o seu lucro e até mesmo nas negociações de estabelecimentos de contratos para licenciar um produto. Esses fatores implicam ainda mais no desenvolvimento da produtividade, além da competitividade no mercado do setor têxtil, levando a que as empresas procurem soluções baseadas em mão-de-obra mais barata e tecnologia mais poluente, mas barata, para reduzir os seus custos globais, ainda que desequilibrando o já frágil meio ambiente.

4. Soluções contemporâneas e soluções futuras

4.1. Soluções contemporâneas: cláusula social dos contratos do comércio internacional

No âmbito da Organização Mundial do Comércio (OMC) foi apresentada a proposta da cláusula social dos contratos de comércio, consistindo de normas sobre mínimos laborais, no sentido de impossibilitar que determinados países sejam competitivos com base na violação dos direitos humanos, pelo qual se pretendia proibir o trabalho forçado, o trabalho escravo e o trabalho infantil na produção de mercadorias destinadas ao comércio internacional. A violação desses preceitos traria como consequência a não aceitação de produtos do país infrator no mercado internacional.

13 CONFEDERAÇÃO NACIONAL DAS INDÚSTRIAS. Indicadores Econômicos CNI. Competitividade Brasil 2019-2020. Brasília: CNI, 2020. Disponível em: <https://static.portaldaindustria.com.br/media/filer_public/ca/fc/cafc2274-9785-40db-934d-d1248a64dd94/competitividadebrasil_2019-2020_v1.pdf>. Acesso em: 20 dez.2020.

14 CONFEDERAÇÃO NACIONAL DAS INDÚSTRIAS. Agência de notícias CNI. “Tributação sobre a renda das empresas brasileiras é uma das mais elevadas do mundo”. 22 out. 2019. Disponibilizado em: <<https://noticias.portaldaindustria.com.br/noticias/economia/tributacao-sobre-a-renda-das-empresas-brasileiras-e-uma-das-mais-elevadas-do-mundo/>>. Acesso em: 20 dez. 2020.

15 SIMÃO, Edna; RIBEIRO, Mariana. “Carga tributária em 2019 foi de 33,17% no Brasil”. Jornal Valor Econômico. Brasília, 30 mar. 2020. Disponibilizado em: <<https://valor.globo.com/brasil/noticia/2020/03/30/carga-tributaria-em-2019-foi-de-3317percent-no-brasil.ghtml>>. Acesso em: 20 dez. 2020.

O que estava em causa era uma modalidade de concorrência desleal, consistente na comercialização de mercadorias ou serviços a preços baixos, obtidos mediante a utilização de mão-de-obra inadequadas, fora de padrões laborais mínimos e com significativos danos sociais, que se denomina dumping social.

Nas palavras de Jorge Luiz Souto, o incumprimento das normas laborais:

“pode ser considerado uma questão de interesse social, motivando a intervenção do ministério Público, na medida das regras de segurança e medicina do trabalho, além de poder ser visto como uma forma de se estabelecer uma concorrência desleal entre as empresas, incentivando o ‘dumping’ social numa perspetiva interna”¹⁶.

O grande desafio surge quando se está diante do comércio internacional, não há o entendimento entre países desenvolvidos e subdesenvolvidos sobre quais os direitos trabalhistas que devem ser universalmente reconhecidos. Neste cenário, uma das soluções é a implementação de cláusulas sociais em tratados internacionais, a fim de se imporem condições mínimas. Contudo, esta não se mostra a solução mais adequada contra o dumping social, uma vez que, embora os países desenvolvidos sejam de maior importância político-económica, não há uma proibição na produção de mercadorias comercializadas com outros países.

Efetivamente, os países desenvolvidos teriam sempre acesso aos mercados dos países em desenvolvimento, o que representaria uma grave hipocrisia por partes dos países desenvolvidos. Por esse motivo, os países em desenvolvimento questionam se a concorrência baseada em salários baixos será efetivamente injusta, quando essa representa a única vantagem comparativa que possuem¹⁷. Mais acertado pareceria defender a existência de diferentes níveis salariais e ambientais compatíveis com o estágio de desenvolvimento. Igualmente, é duvidosa a vantagem na implementação de uma cláusula social rígida, do qual poderão resultar efeitos perversos para os países em desenvolvimento, comprometendo o seu desenvolvimento económico-social e promovendo a desigualdade social.

4.2. Proposta Futura

A solução poderá passar por implementar medidas de natureza extrafiscal, que em vez de impor padrões de comportamento aos países em desenvolvimento, que podem na prática obstar ao seu crescimento e desenvolvimento económico-social, se criem incentivos na esfera das empresas e dos consumidores a adquirir determinados produtos em detrimento de outros. Isto é, estaria em causa utilizar os tributos não na sua função clássica de arrecadação de impostos, mas para uma função secundária de induzir comportamentos a empresas e consumidores. Tal seria conseguido pela agravação comparada do preço, por via dos impostos, dos produtos industriais resultantes de práticas laborais e ambientais violadoras dos padrões internacionais.

16 MAIOR, Jorge Luiz Souto. A Fúria. Revista do Tribunal Superior do Trabalho. Brasília, v. 68, n. 3, jul./ dez. 2002, p. 123.

17 Neste sentido, veja-se: FERREIRA, Rui Miguel Zeferino Ferreira. “A cláusula social para a protecção dos Direitos Humanos e reflexamente dos Direitos laborais”, in *Derechos Humanos y Juventud*. Rubén Miranda Gonçalves (Coord.). 1.ª ed. Santiago de Compostela: Xunta da Galicia, 2015, pp. 237-256.

Neste sentido, não se trataria de um novo imposto para agravar os produtos industriais não cumpridores das regras laborais e ambientais, mas antes, da redução de impostos incidentes sobre os produtos respeitadores de parâmetros mínimos, laborais e ambientais. Parte-se, assim, do princípio da necessidade de edificar um mercado sustentável, tanto do ponto de vista ambiental como social (laboral), com o escopo de garantir a dignidade da pessoa humana, conseguido por via de políticas fiscais que desonerem os produtos e as empresas que adotem efetivas medidas socio-ambientais para o conseguir. Igualmente, não se trata de legitimar os governos a assumirem uma posição paternalista, de interferência nas escolhas individuais, mas antes, de uma forma eficiente e eficaz de desonerar os produtos sustentáveis do ponto de vista ambiental e laboral, enquanto instrumento extrafiscal¹⁸.

Por outro lado, o impacto fiscal da excessiva tributação, conforme se verificou, tem como consequência o recurso a opções menos favoráveis para o ambiente e para a salvaguarda dos direitos laborais dos trabalhadores, o que encontraria solução na simplificação do sistema tributário. Esse modelo seria assente numa tributação proporcional, com um menor custo de acatamento, quer de controlo administrativo, quer de cumprimento das obrigações fiscais por parte das empresas¹⁹. Desta forma, garante-se às empresas um ambiente fiscal mais favorável ao aumento da sua produtividade e, bem assim, com menores custos de acatamento, o que conduzirá a uma menor necessidade de recurso a soluções mais poluentes e violadoras dos direitos humanos e laborais.

Efetivamente, o Brasil destaca-se por ter um dos piores índices de horas anuais despendidas no cumprimento das exigências fiscais, o qual é evidentemente negativo para a competitividade das empresas deste país²⁰, que apenas consegue obter por recurso a práticas violadoras dos parâmetros ambientais e laborais. Pelo que a solução se encontra na simplificação do sistema tributário, visto que o mesmo não pode ser desconectado da realidade económica.

Porém, a simplicidade, na lógica que a propomos, passada para além da redução dos custos de acatamento, pela redução do número de tributos incidentes sobre a atividade económica²¹. Assim, o princípio da simplicidade corresponde a um elemento essencial para os sistemas fiscais complexos dos Estados de natureza federativa, uma vez que a realidade económica exige sistemas tributários simples e compreensíveis.

18 Sobre a simplificação dos sistemas tributários: FERREIRA, Rui Miguel Zeferino. "A simplificação dos sistemas tributários: a evolução e a compreensão histórica até ao século XXI", in *Paradigmas do Direito Constitucional Atual*. Irene Portela (Dir.). 1.ª ed. Barcelos: Instituto politécnico do Cávado e do Ave, 2017, pp. 17-30.

19 Neste sentido, vejam-se: KIRCHHOF, Paul. *Der sanfte Verlust der Freiheit*. München, Wien: Carl Hanser, 2004. BIRK, Dieter. *Steuerrecht I: Allgemeines Steuerrecht*. München: C. H. Beck, 1988; e *Steuerrecht*. 6ª ed. Heidelberg: Müller, 2003; e CASALTA NABAIS, José. *Por um Estado Fiscal suportável: Estudos de Direito fiscal*. Coimbra. Almedina, 2005.

20 Neste sentido veja-se: AFONSO, José Roberto; JUNQUEIRA, Gabriel. "Tributação, Reforma e Federalismo: Uma visão atual da América Latina", in *Documentos y Aportes en Administración Pública y Gestión Estatal*. Universidad Nacional del Litoral Santa Fe, Argentina, vol. 7, núm. 9, 2007, pp. 103-139. Disponibilizado em: <<https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=337530214007>>. Acesso em: 29 dez. 2020.

21 Nesta lógica, existiram autores que defenderam a implementação de um imposto único, o que não deve ser confundido com os sistemas de taxa única sobre o rendimento. A ideia que lhe está subjacente é sedutora, uma vez que apuradas as necessidades de receitas tributárias seriam as mesmas aritmeticamente divididas pelos contribuintes, o que diminuiria toda a burocracia, em particular as obrigações fiscais, que são inerentes à existência de um sistema complexo. Neste sentido, veja-se: SELIGMAN, Edwin R. A. *Essays in taxation*. 10ª ed. New York: Macmillian, 1931.

5. Considerações finais

Os problemas contemporâneos da atividade têxtil apresentadas no âmbito ambiental e laboral decorrem da elevada produtividade que os países desenvolvidos visam atingir, bem como dos elevados custos financeiros e administrativos da carga tributária. Sendo assim, o presente trabalho, na perspetiva fiscal necessita de adotar um modelo de sistema fiscal assente na simplicidade, bem como de políticas públicas de cariz extrafiscal que incentivem o mercado têxtil a não recorrer, por um lado, a práticas laborais violadoras dos direitos humanos dos trabalhadores e que, por outro, colocam em causa a sustentabilidade ambiental, causadoras de danos no ecossistema e na humanidade.

Entende-se igualmente que a simplificação dos sistemas tributários poderá possibilitar que todos os países desenvolvam os produtos do setor da moda de forma ética e mais consciente das questões, impactos e riscos ambientais e laborais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AFONSO, José Roberto; JUNQUEIRA, Gabriel. “Tributação, Reforma e Federalismo: Uma visão atual da América Latina”, in Documentos y Aportes en Administración Pública y Gestión Estatal. Universidad Nacional del Litoral Santa Fe, Argentina, vol. 7, núm. 9, 2007, pp. 103-139. Disponibilizado em: <<https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=337530214007>>. Acesso em: 29 dez. 2020.

ALMEIDA, Luiz Carlos Barnabé de. Introdução ao direito econômico: direito da economia, economia do direito, direito econômico, law and economics, análise econômica do direito, direito econômico internacional. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BIRK, Dieter. Steuerrecht I: Allgemeines Steuerrecht. München: C. H. Beck, 1988.

_____. Steuerrecht. 6ª ed. Heidelberg: Müller, 2003.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, compilado até a Emenda Constitucional no 105/2019. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2020.

BRASIL. Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em <planalto.gov.br>. Acesso em: 20 dez. 2020.

BRASIL, Ministério da Economia. Agenda de Autoridades – Economia. “Movimento Fashion Revolution defende ética na produção e compra de roupas”. 24 abr. 2019. Disponibilizado em: <<http://antigo.economia.gov.br/Economia/noticias/2019/04/movimento-fashion-revolution-defende-etica-na-producao-e-compra-de-roupas>>. Acesso em: 20 dez. 2020.

CASALTA NABAIS, José. Por um Estado Fiscal suportável: Estudos de Direito fiscal. Coimbra. Almedina, 2005.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DAS INDÚSTRIAS. Estatísticas. Produtividade na Indústria. Apresenta dados estatísticos da produtividade do trabalho trimestral, na indústria transformadora. Disponível em: <<http://www.portaldaindustria.com.br/estatisticas/produtividade-na-industria/>>. Acesso em: 02 jan. 2021.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DAS INDÚSTRIAS. Indicadores Econômicos CNI. Competitividade Brasil 2019-2020. Brasília: CNI, 2020. Disponível em: <https://static.portaldaindustria.com.br/media/filer_public/ca/fc/cafc2274-9785-40db-934d-d1248a64dd94/competitividadebrasil_2019-2020_v1.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2020.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DAS INDÚSTRIAS. Agência de notícias CNI. “Tributação sobre a renda das empresas brasileiras é uma das mais elevadas do mundo”. 22 out. 2019. Disponibilizado em: <<https://noticias.portaldaindustria.com.br/noticias/economia/tributacao-sobre-a-renda-das-empresas-brasileiras-e-uma-das-mais-elevadas-do-mundo/>>. Acesso em: 20 dez. 2020.

FERREIRA, Rui Miguel Zeferino Ferreira. “A clausula social para a protecção dos Direitos Humanos e reflexamente dos Direitos laborais”, in *Derechos Humanos y Juventud*. 1.^a ed. Santiago de Compostela: Xunta da Galicia, 2015, pp. 237-256.

FERREIRA, Rui Miguel Zeferino. “A simplificação dos sistemas tributários: a evolução e a compreensão histórica até ao século XXI”, in *Paradigmas do Direito Constitucional Atual*. Irene Portela (Dir.). 1.^a ed. Barcelos: Instituto politécnico do Cávado e do Ave, 2017, pp. 17-30

KIRCHHOF, Paul. *Der sanfte Verlust der Freiheit*. München, Wien: Carl Hanser, 2004.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. A Fúria. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*. Brasília, v. 68, n. 3, jul./ dez. 2002.

MASSON-DELMOTTE, Valérie; PORTNER, Hans-Otto; SKEA, Jim [et. Al.]. Aquecimento Global de 1,5°C. Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas (IPCC). WMO; UNEP. Versão em português publicada pelo MCTIC em julho de 2019, Brasil. Disponível em: <<https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/2019/07/SPM-Portuguese-version.pdf>>. Acesso em: 02 jan. 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Centro Regional de Informação para a Europa Ocidental. Disponibilizado em: <<https://unric.org/pt/declaracao-universal-dos-direitos-humanos/>>. Acesso em: 20 dez. 2020.

SANTOS, Fernando de Almeida. *Ética empresarial: Políticas de Responsabilidade social em 5 dimensões*. 1. ed. [3a. Reimpr.]. São Paulo: Atlas, 2019.

SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito Tributário*. 6^a ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

SELIGMAN, Edwin R. A. *Essays in taxation*. 10^a ed. New York: Macmillan, 1931.

SIMÃO, Edna; RIBEIRO, Mariana. “Carga tributária em 2019 foi de 33,17% no Brasil”. *Jornal Valor Econômico*. Brasília, 30 mar. 2020. Disponibilizado em: <<https://valor.globo.com/brasil/noticia/2020/03/30/carga-tributaria-em-2019-foi-de-3317percent-no-brasil.ghtml>>. Acesso em: 20 dez. 2020.

Inteligências artificiais, carros autônomos e seus impactos na responsabilidade do direito do consumidor no Brasil

Artificial intelligences, autonomous cars and their impacts on responsibility of consumer law in Brazil

Agatha Gonçalves Santana¹

Arthur Igor Oliveira Meirelles²

Sumário: 1 Considerações iniciais; 2 As inteligências artificiais (ia): machine learning e deep learning; 3 Carros autônomos, entre expectativas e acidente; 4 A responsabilidade no Código de Defesa do Consumidor e os impactos das IAs no caso dos carros autônomos; Considerações finais; Referências bibliográficas

Resumo: A problemática do presente trabalho busca demonstrar como as inteligências artificiais, especialmente sobre os carros autônomos, provocam um repensar das bases da responsabilidade civil no Direito do Consumidor Brasileiro. O objetivo geral visa explorar as perspectivas sobre as Inteligências Artificiais e Veículos autônomos, bem como as suas possíveis repercussões dentro da responsabilidade civil consumerista. Objetiva-se ainda esclarecer sobre o atual estado da arte das inteligências artificiais; suas duas grandes áreas de desenvolvimento atual e suas expectativas, níveis de autossuficiência, probabilidade de acidentes e possíveis falhas sobre os carros autônomos; descrever a responsabilidade no caso de dano no Direito consumerista a ponto de um necessário repensar sobre as bases da responsabilidade no direito do consumidor. A metodologia usada é inicialmente teórica, de objetivo exploratório, procedimento de revisão teórico-bibliográfica de análise documental e aplicação da lógica hipotético-dedutiva com análise empírica de alguns casos concretos. Considera-se que o direito deve firmar o conceito de carros autônomos dentro do que se entende por produto ou serviço, bem como os fornecedores tem o dever de desenvolver estratégias preventivas e proativas para evitar acidentes de consumo dentro dos princípios éticos a serem adotados pelas máquinas, bem como um agir dentro de uma necessária reinterpretação do conceito de “defeito”, do risco do desenvolvimento como excludente de responsabilidade e das teorias do nexo causal.

Palavras-chave: Inteligência Artificial; veículos autônomos; machine learning; deep learning; responsabilidade no CDC.

Abstract: The problem in this paper seeks to demonstrate how artificial intelligence, especially on autonomous cars, causes a rethinking of the bases of civil liability in Brazilian Consumer Law. The general objective is to explore the perspectives on Artificial Intelligence and autonomous vehicles, as well as their possible repercussions within consumer liability. It also aims to clarify the current knowledge of artificial intelligence; its two areas of current development and its expectations, levels of self-sufficiency, probability of accidents and possible failures on autonomous cars; describe liability in the event of damage to consumer law to the extent that it is necessary to rethink the basis of liability in consumer law. The methodology used is initially theoretical, with an exploratory objective, a theoretical-bibliographic review procedure of document analysis and application of hypothetical-deductive logic with empirical analysis of some concrete cases. It is considered that the law should establish the concept of autonomous cars within what is meant by product or service, as well as suppliers have a duty to develop preventive and proactive strategies to avoid consumption accidents within the ethical principles to be adopted by the machines, as well as acting within a necessary reinterpretation of the concept of “defect”, the risk of development as excluding responsibility and the theories of causation.

Key-words: Artificial Intelligence; autonomous vehicles; machine learning; deep learning; liability in CDC.

1 Doutora e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Pará – UFPA. Advogada regularmente inscrita na OAB/ Pa. Professora titular da Universidade da Amazônia – UNAMA, onde ministra aulas na graduação e Pós-Graduação Stricto Sensu. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual - IBDP. Membro da Associação Norte Nordeste de Processo - ANNEP. Associada convidada do Instituto Brasileiro de Responsabilidade Civil - IBERC. Líder do Grupo de Pesquisa CNPq – Teorias Gerais do Processo – A virada tecnológica do processo e seus impactos nos direitos fundamentais. Email: agathadcpc@yahoo.com.br

2 Mestrando do Programa de Pós Graduação em Direitos Fundamentais - PPGDF/UNAMA, pesquisador bolsista CAPES. Presidente e fundador da Liga Acadêmica Jurídica de Responsabilidade (LAJURE). Graduado em Direito pela Universidade da Amazônia – UNAMA. Email: arthur.i.o.meirelles@gmail.com.

1. Considerações iniciais

Após os conflitos da primeira e segunda guerra mundial, vislumbrou-se a necessidade de proteção do indivíduo e da sua dignidade, por meio da promoção de direitos humanos, sociais, coletivos e difusos, destacando-se a importância de destinar os avanços tecnológicos para fins não bélicos. Nesse contexto, o Direito do Consumidor e a Inteligência Artificial (IA) surgem em meados de 1950, como um vislumbre da era de massificação do mercado de produtos e serviços, devido às novas tecnologias de informação e produção.

Com a popularização e consumo de produtos e serviços dotados de inteligências artificiais, gradativamente, a realidade se aproxima da ficção, com o desenvolvimento cada vez mais rápido de máquinas capazes de agir de forma mais autônoma e imprevisível, e nesse contexto, questiona-se no presente ensaio como as inteligências artificiais, especialmente aplicadas sobre os atuais carros autônomos, provocam um repensar das bases da responsabilidade no Direito do Consumidor.

O objetivo geral da pesquisa é explorar as perspectivas sobre as Inteligências Artificiais e Veículos autônomos, bem como as suas possíveis repercussões dentro da responsabilidade consumerista, esclarecendo-se conceitos como machine learning e deep learning; e suas expectativas sobre carros autônomos. A partir do exemplo de alguns acidentes já ocorridos e as possíveis falhas dessa tecnologia e defeitos comuns a todos os carros; tenta-se descrever as bases de responsabilidade no direito do consumidor no caso de ocorrência de dano; e por fim, esboçar pontos em que o uso dessas novas tecnologias provocam dificuldades e um repensar da responsabilidade no direito do consumidor.

A metodologia usada é inicialmente teórica, de objetivo exploratório, procedimento de revisão teórico-bibliográfica, de análise documental e aplicação da lógica hipotético-dedutiva com posterior análise empírica sobre acidentes documentados mundialmente para que se possa induzir algumas revisitações em conceitos tradicionais.

2. As Inteligências Artificiais (IA): machine learning e deep learning

A primeira aspiração de que uma tecnologia possuísse uma espécie de intelecto surge em 1950, quando Alan Turing publica o artigo “As máquinas podem pensar?”³ onde o autor utiliza um jogo de imitação conhecido como “Teste de Turing”⁴. O termo “Inteligência Artificial” foi cunhado por John McCarthy, na conferência acadêmica de Dartmouth College/EUA em 1956, como a capacidade de uma máquina realizar

3 GUNKEL, David J. Comunicação e Inteligência Artificial: novos desafios e oportunidades para a pesquisa em comunicação. *Galáxia*: São Paulo, n. 34, p. 5-19. Jan./abr. 2017. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1982-25532017000100005&lng=en&nrm=iso Acesso em 18 jul. 2020.

4 PEREIRA, Uíara Vendrame; TEIXEIRA, Tarcísio. Inteligência Artificial: a quem atribuir responsabilidade?. *Revista Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, ES. v. 20, n. 2, p. 119-142, mai./ago. 2019. Disponível em: <http://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/1523> Acesso em: 22 jul. 2020.

tarefas “inteligentes”⁵.

Naquele contexto, era impensável que o computador pudesse executar tarefas e alcançar respostas que os próprios programadores não conseguissem realizar⁶, embora as máquinas dotadas de inteligência artificial, de acordo com a programação inicial e os dados, experiências e ambiente expostos, conseguissem realizar atos autônomos e de forma criativa e alcançassem resultados não previstos pelos seus programadores.

Russel e Norvig, conceituam IA como algoritmos que equipam máquinas ou sistemas com alguns aspectos da inteligência humana, como a análise de dados, compreensão de linguagem, planejamento/raciocínio, tomada de decisão, acúmulo e aprendizagem com suas experiências, dentre outras⁷, buscando-se autonomia, habilidade social, cooperação, proatividade e reatividade, de forma a predispor uma atuação com pouca ou nenhuma intervenção humana, antecipando situações, agindo e reagindo à interações com o ambiente inserido e com outros agentes externos, sejam eles humanos, animais, coisas ou outras IA's.

As inteligências Artificiais dividem-se em duas grandes áreas: o Machine Learning (Aprendizado de Máquina), onde a IA possui a habilidade de armazenar suas experiências, analisá-las e obter aprendizados, possibilitando que a máquina atue de maneiras diferentes para alcançar um objetivo, similar a uma criança, e o deep learning (aprendizado profundo), eixo mais avançado em que os algoritmos utilizam redes neurais semelhantes ao funcionamento do cérebro humano, a partir de modelos cognitivos e métodos de racionalização, demonstrando a capacidade de uma pessoa racional, com a compreensão e interpretação de imagens, textos, áudios, conceitos, ou mesmo o reconhecimento facial ou de voz, a partir do uso de linguagem natural.

Na teoria da computação, nenhum programa é isento de falhas, sendo impossível prever todos os defeitos em uma IA, podendo-se visualizar como possível solução a utilização de sistemas “verificadores de erros”. No entanto, entrar-se-ia em um loop, pois seria necessário verificar a inexistência de defeitos deste programa “verificador de erros” Ainda que fosse possível verificar todas as falhas, a correção necessitaria de novos códigos e algoritmos, os quais abririam espaço para novas falhas, quando de seu uso contínuo.

3. Carros autônomos, entre expectativas e acidentes

5 PINHEIRO, Guilherme Pereira; BORGES, Maria Ruth; MELLO, Flávio Luis de. Danos envolvendo veículos autônomos e a responsabilidade do fornecedor. Revista Brasileira de Direito Civil, Belo Horizonte, MG. v. 21, p. 247-267, jul./set., 2019. p. 249 Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/472/315> Acesso em: 15. jul. 2020.

6 PIREZ, Thatiane Cristina Fontão; SILVA, Rafael Peteffi da. A responsabilidade civil pelos atos autônomos da inteligência artificial: notas iniciais sobre a resolução do parlamento europeu. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v.7, n.3, p. 238-254, 2017. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/4951> Acesso em 15 jul. 2020, p. 241.

7 RUSSEL, Stuart; NORVIG, Peter. Artificial Intelligence: a modern approach. 2. ed. New Jersey: Prentice Hall, 2003 apud CHAVES, Natália Cristina. Inteligência Artificial: os novos rumos da responsabilidade civil. In: VII Encontro Internacional do CONPEDI Braga/Portugal, Direito Civil Contemporâneo, 2017. p. 54-76. Disponível em: <http://conpedi.daniloir.info/publicacoes/pi88duoz/c3e18e5u/7M14BT72Q86shvFL.pdf> Acesso em: 28 jul. 2020.

As IA's possuem inúmeras aplicações dentro do mercado de consumo, como em smartphones, biometria, chatbots para o atendimento do consumidor, traduções simultâneas⁸, em algoritmos utilizados no entretenimento e em redes sociais, internet das coisas (IoT), entre outras. De todas, estima-se que os carros sem motorista sejam as primeiras IA's completamente autônomas a serem introduzidas no mercado de consumo⁹.

Ao apontar 21 mudanças tecnológicas significativas para a sociedade no contexto da quarta revolução industrial, Schwab aduz que no ano de 2025 os carros autônomos serão cerca de 10% dos automóveis usados nos Estados Unidos, tendo por pontos positivos a segurança; mobilidade e redução do estresse e agressividade e por pontos negativos como a redução de postos de trabalho; ciberataques e ausência de bases legais¹⁰.

Segundo o Núcleo de Estudos e Pesquisas do seu Senado Federal¹¹, a agência Estadunidense National Highway Traffic Safety Administration - NHTSA, categorizou os veículos em 5 (cinco) níveis, partindo do total controle do carro pelo condutor para a completa autossuficiência do veículo¹².

Na busca pela implementação dessa tecnologia e verificação de seus possíveis riscos, alguns dados de acidentes emblemáticos são relevantes para a avaliação, destacando-se os da Tesla e o da Uber.

O primeiro ocorreu com o veículo "Model S" da empresa Tesla em maio de 2016, na Flórida/EUA, cerca de 7 meses após o carro ter sido apresentado. O acidente resultou na morte do dono e condutor do carro¹³. A empresa em sua defesa alegou ser a primeira morte em mais de 209 milhões de km em piloto-automático, enquanto que a média global de humanos condutores é de 96 milhões de km. Tanto o motorista quanto os sensores não detectaram a traseira da carreta colidente. A Tesla ainda aduziu que, via de regra, sua utilização não é recomendada para áreas urbanas¹⁴.

O segundo caso é o caso da Empresa Uber, a qual realizava testes em diversas cidades nos Estados Unidos para implementar os transportes autônomos. Em março de 2018, o veículo utilitário esportivo Volvo XC90 atropelou uma mulher no Arizona. A polícia local informou que a vítima caminhava fora da faixa de pedestres no

8 ALMEIDA, Gilberto. Notas sobre utilização de Inteligência artificial por agentes empresariais e suas implicações no âmbito do Direito do consumidor. In: FRAZÃO, Ana; MULHOLLAND, Caitlin (coord.). Inteligência Artificial e Direito: ética, regulação e responsabilidade. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 421-422.

9 PIRES, Thatiane Cristina Fontão; SILVA, Rafael Peteffi da. 2017., p. 240.

10 SCHWAB, Klaus. A quarta revolução industrial. São Paulo: Edipro, 2016. p. 142-143.

11 OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de; LEAL, Túlio Augusto Castelo Branco. Considerações sobre os veículos autônomos: possíveis impactos econômicos, urbanos e das relações jurídicas. Núcleo de Estudos e Pesquisas - CONLEG Senado Brasília, out. 2016. p. 1-12. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td214/view> Acesso em: 22 jul. 2020

12 SILVA, Lucas do Monte. A responsabilidade civil por acidentes de carros autônomos: uma análise sob a ótica das smart cities. Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª região. v. 29, n. 7, p. 45-52. jul./ago., 2017. p. 48 Disponível em: <https://portal.trf1.jus.br/portaltrf1/jurisprudencia/revista/revista-do-trf.htm> Acesso em: 10 ago. 2020.

13 GLOBO. Divulgadas imagens de carro da Tesla após acidente fatal nos EUA. G1 - Globo. [s.l.], Seção Auto Esporte. Disponível em: <http://g1.globo.com/carros/noticia/2016/07/divulgadas-imagens-de-carro-da-tesla-apos-acidente-fatal-nos-eua.html> Acesso em: 11 ago. 2020.

14 CANO, Rosa Jiménez. Carro com piloto automático faz sua primeira vítima. El País. San Francisco, 01 jul. 2016, Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2016/07/01/tecnologia/1467337732_779288.html Acesso em: 11 ago. 2020.

momento¹⁵. Dentro do veículo, contava-se com uma motorista de apoio, para casos de emergências, mas, segundo evidências, no momento da fatalidade ela estava assistindo conteúdo via Streaming. A promotoria local inocentou criminalmente a Empresa¹⁶.

O terceiro caso, novamente com a empresa Tesla, ocorreu em março de 2018, na cidade de Mountain View, Califórnia/EUA. O automóvel “Model X” com piloto automático ligado colidiu com uma barreira de concreto, ocasionando a morte condutor. Em nota, a Tesla não explica o motivo de o autopiloto não desviar da barreira¹⁷.

Nota-se, portanto, que existem problemas comuns a veículos comuns e autônomos, como defeitos mecânicos ou físicos, nos sistemas ou segurança¹⁸. Da mesma forma, veículos autônomos possuem problemas que lhes são exclusivos, como: sensores imprecisos e/ou insuficientes; não reconhecimento de padrões; dificuldades de obter e/ou processar dados rapidamente; impossibilidade de realizar manobras ou desviar de perigos; mudanças bruscas nos comandos básicos (direção, aceleração, freio e ré); vulnerabilidade à ciberataques, crescendo-se assim a preocupação sobre os impactos de tais tecnologias na sociedade, bem como questionamentos sobre a responsabilização de danos cometidos pelas IA's.

4. A responsabilidade no código de defesa do consumidor e os impactos das IA's no caso dos carros autônomos

No Brasil, o Código de Defesa do consumidor - CDC¹⁹, adotou como regra a responsabilidade objetiva e solidária entre os fornecedores de produtos e/ou serviços, fundando-se na teoria do risco-proveito e estabelecendo como tipos de responsabilização²⁰: pelo fato / defeito do produto ou do serviço (art 12 a 17) e pelo vício do produto ou do serviço (art. 18 a 25)²¹, bastando-se ater-se a configuração do dano e ao nexo de causalidade.

Sobre o defeito ou falha no dever de segurança, os artigos 12, §1º e 14, §1º do CDC estabelecem três tipos de defeito: (1) no projeto ou concepção que afetam as características gerais do produto; design ou planejamento inadequado de acionamento de itens (no caso de airbags ou freios ABS, por exemplo) que possam

15 EL PAÍS. Carro sem motorista da Uber provoca primeiro acidente fatal. El País, Nova York, EUA, 18 mar. 2018. Seção Tecnologia Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2018/03/19/tecnologia/1521479089_032894.html Acesso em: 11 ago. 2020

16 FORBES BRASIL. Uber é inocente em acidente com carro autônomo. [s.l.], 6 mar. 2019, Seção Negócios. Disponível em: <https://forbes.com.br/last/2019/03/uber-e-inocente-em-acidente-com-carro-autonomo/> Acesso em: 11 ago. 2020.

17 EL PAÍS. Tesla reconhece o segundo acidente mortal nos EUA com um carro em piloto automático. El País, Madri. 31. mar. 2018. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2018/03/31/tecnologia/1522488697_843295.html Acesso em: 11 ago. 2020.

18 PINHEIRO, Guilherme Pereira; BORGES, Maria Ruth; MELLO, Flávio Luis de. 2019., p. 257-258.

19 BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 18 jun. 2020.

20 TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Assumpção Amorim. Manual de Direito do consumidor: direito material e processual. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2017. p. 154

21 GARCIA, Leonardo de Medeiros. Código de Defesa do Consumidor comentado: artigo por artigo. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 153.

causar danos; (2) execução, produção ou fabricação, cujas falhas são sobre o dever de segurança na prestação de um serviço ou na construção de um produto, sendo previsíveis, como risco do negócio; e (3) informação ou comercialização, falha ocorrida no oferecimento ao consumidor o bem de consumo, derivado mediado do princípio da boa-fé e imediatamente do direito subjetivo básico à informação (art. 6º, III, CDC).

Posta tais considerações, convém revisitar as excludentes de responsabilidade no CDC, a inexistência do defeito e culpa exclusiva da vítima ou de terceiro, na qual, no primeiro caso, o CDC exige prova cabal da inexistência, não bastando argumentar sobre a improbabilidade de ocorrência do defeito. Já a culpa exclusiva da vítima ou de terceiro rompe o nexo causal entre o fornecedor e o dano, devendo essa conduta ser culposa (dolo, negligência, imprudência ou imperícia) e cabalmente provada pelo fornecedor²².

Também é importante estabelecer os pontos em que as Inteligências Artificiais, especialmente os Carros Autônomos, impactam em tais estruturas. O primeiro em relação à extensão de solidariedade na cadeia de fornecimento²³, a definição dos limites de responsabilidade de cada fornecedor na cadeia produtiva. É importante definir se a IA será qualificada como produto ou serviço, uma vez que a responsabilidade pelo fato do produto (art. 12 do CDC) atribui uma solidariedade restrita, enquanto a responsabilidade pelo fato do serviço (art. 14 do CDC) possui uma solidariedade ampla entre fornecedores. No caso de defeito do serviço, amplia-se a extensão da cadeia de fornecimento para responsabilização. Nos casos de serviços digitais, como na automação, o fato do serviço se vislumbra admissível.

O segundo refere-se ao dever de informação e complexidade algorítmica. Os algoritmos são cercados de sigilos e segredos industriais sobre suas linhas de código, bem como boa parte dos contratos de licenciamento proíbem a aplicação de engenharia reversa. É importante que os consumidores tenham acesso a informações sobre o funcionamento, riscos, dados que coletam e a compreensão de como a sua interação influencia no desenvolvimento do sistema. Por outro lado, certos sigilos são importantes para atividade empresarial, como uma forma de proteger a competitividade de mercado, já que a compreensão de tais sistemas exige conhecimentos e habilidades para além da formação do consumidor médio/cidadão comum. Assim, variando de acordo com o caso concreto há a ocorrência ou não de defeito de informação ou comercialização.

Em terceiro, sobre a existência de inúmeras cadeias complexas para atribuição do nexo causal²⁴. A medida em que se aumentam o uso de máquinas baseadas em machine learning e deep learning, aumentam as interações e interligações destas com outras IA's, originando complexas redes inteligentes. Essa rede de integração aliada aos embaraços de se estabelecer os agentes responsáveis por certos danos dificultam a reparação dos danos das vítimas.

22 MIRAGEM, Bruno. Curso de Direito do Consumidor. 6. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. 591.

23 MIRAGEM, Bruno. Novo paradigma tecnológico, mercado de consumo digital e o direito do consumidor. Revista de Direito do Consumidor, a.28, v. 125, p. 17-62, São Paulo: ed. RT, set./out., 2019. Disponível em: <https://revistadedireitodoconsumidor.emnuvens.com.br/rdc/article/view/1243> Acesso em: 28 jul. 2020.

24 TEPEDINO, Gustavo; SILVA, Rodrigo da Guia. Inteligência artificial e elementos da responsabilidade civil. In: FRAZÃO, Ana; MULHOLLAND, Caitlin (coord.). Inteligência Artificial e Direito: ética, regulação e responsabilidade. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 293-323.

Um quarto ponto se dá sobre a possibilidade de aplicação do risco do desenvolvimento como excludente de responsabilidade, aqueles que o fornecedor naquele momento não possuía absoluta condição de identificar e prevenir, conforme previsto no art. 12, §1º, III do CDC, lembrando-se que a aceitação do risco do desenvolvimento como excludente de responsabilidade não é um consenso na doutrina e jurisprudência²⁵.

O último ponto se refere aos danos decorrentes aos dilemas éticos relacionados às IA's. Com o desenvolvimento do Machine Learning e Deep Learning, o número de falhas e defeitos provavelmente diminuirá, não obstante ainda perdurarão situações onde as IA's serão confrontadas com escolhas morais que envolvem a vida e integridade de pessoas. O Massachusetts Institute of Technology - MIT, desenvolveu um jogo chamado "máquina moral" (moral machine) que visa construir um retrato sobre como as máquinas tomam decisões quando confrontadas em dilemas morais, expondo a situações em que o Veículo autônomo deve escolher o "menor dos males", por exemplo: matar dois passageiros ou cinco pedestres?; atropelar dois idosos e uma mulher ou colidir em uma mureta resultando na morte dos passageiros, uma mulher grávida e um bebê?²⁶.

Nesse contexto de grande avanço tecnológico, vislumbra-se uma dificuldade para configurar a responsabilidade, no caso da não ocorrência de falhas, e sim de danos por escolhas éticas. Abre-se, assim, amplo espaço sobre como reparar o dano das vítimas.

5. Considerações finais

A quarta revolução industrial fomenta um novo panorama tecnológico, influenciando em diversas esferas sociais, como saúde, trabalho, comunicação, segurança, transportes, dentre outras. Trazem excelentes perspectivas e promessas, bem como perigos e riscos. É importante compreender que as Inteligências artificiais e Veículos autônomos, em que pese sejam tecnologias revolucionárias ainda possuem ampla margem para defeitos e danos, os quais possivelmente serão reduzidos com o tempo. É fundamental que os fornecedores desenvolvam estratégias preventivas e proativas para minimizar mais rapidamente a ocorrência de acidentes de consumo, bem como fomentar debates públicos e legislativos sobre quais princípios ético-morais uma máquina autônoma deve seguir, sob pena de se verem submersos às ações judiciais, recalls, falências e uma opinião pública negativa sobre o avanço.

No direito do consumidor vislumbra-se certos pontos afetados e dificuldades para responsabilização de IA's, cabendo ao Poder Judiciário e doutrina discutir uma reinterpretação do conceito de "defeito", com o intuito de poder responsabilizar máquinas que mesmo sem defeitos cometam danos e aquelas referentes à defeito de informação; bem como estabelecer o cabimento ou não do risco do desenvolvimento como excludente de responsabilidade, a partir da revisitação das teorias do nexo

25 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. Curso de Direito Civil: responsabilidade civil. 5. ed.. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 750.

26 MASSACHUSETTS INSTITUTE OF TECHNOLOGY - MIT. Moral Machine. disponível em: <https://www.moralmachine.net/hl/pt> Acesso em: 15 jul. 2020.

relacionando-as ao contexto de complexidade e “emaranhamento” causal das IA’s; e por fim, fomentar discussões sobre as decisões ético-morais das máquinas e responsabilidade de seus criadores.

Por outro lado, com as revoluções tecnológicas cada vez mais latentes, aos passos da lei de Moore, não é inconcebível que o sistema atual se mostre insuficiente para resolução de problemas. Sendo necessário uma reengenharia de suas bases, buscando novas fórmulas e critérios de imputação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Gilberto. Notas sobre utilização de Inteligência artificial por agentes empresariais e suas implicações no âmbito do Direito do consumidor. In: FRAZÃO, Ana; MULHOLLAND, Caitlin (coord.). Inteligência Artificial e Direito: ética, regulação e responsabilidade. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 419-432.

BRASIL. Código Civil, Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm Acesso em: 20 jul. 2020.

_____. Código de Defesa do Consumidor. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 18 jun. 2020.

CANO, Rosa Jiménez. Carro com piloto automático faz sua primeira vítima. El País. San Francisco, 01 jul. 2016, Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2016/07/01/tecnologia/1467337732_779288.html Acesso em: 11 ago. 2020.

_____, Rosa Jiménez. Carro sem motorista da Uber provoca primeiro acidente fatal. El País, Nova York, EUA, 18 mar. 2018. Seção Tecnologia Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2018/03/19/tecnologia/1521479089_032894.html Acesso em: 11 ago. 2020

CHAVES, Natália Cristina. Inteligência Artificial: os novos rumos da responsabilidade civil. In: VII Encontro Internacional do CONPEDI Braga/Portugal, Direito Civil Contemporâneo, 2017. p. 54-76. Disponível em: <http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/pi88duoz/c3e18e5u/7M14BT72Q86shvFL.pdf> Acesso em: 28 jul. 2020.

EL PAIS. Tesla reconhece o segundo acidente mortal nos EUA com um carro em piloto automático. El País, Madri. 31. mar. 2018. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2018/03/31/tecnologia/1522488697_843295.html Acesso em: 11 ago. 2020.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. Curso de Direito Civil: responsabilidade civil. 5. ed.. Salvador: Juspodivm, 2018.

FORBES BRASIL. Uber é inocente em acidente com carro autônomo. Forbes Brasil, [s.l.], 6 mar. 2019, Seção Negócios. Disponível em: <https://forbes.com.br/last/2019/03/uber-e-inocente-em-acidente-com-carro-autonomo/> Acesso em: 11 ago. 2020.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. Código de Defesa do Consumidor comentado: artigo por artigo. 13. ed., Salvador: Juspodivm, 2017.

GLOBO. Divulgadas imagens de carro da Tesla após acidente fatal nos EUA. G1 - Globo. [s.l.], Seção Auto Esporte. Disponível em: <http://g1.globo.com/carros/noticia/2016/07/divulgadas-imagens-de-carro-da-tesla-apos-acidente-fatal-nos-eua.html> Acesso em: 11

ago. 2020.

GUNKEL, David J. Comunicação e Inteligência Artificial: novos desafios e oportunidades para a pesquisa em comunicação. *Galáxia*: São Paulo, n. 34, p. 5-19. Jan./abr. 2017. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1982-25532017000100005&lng=en&nrm=iso Acesso em 18 jul. 2020.

MASSACHUSETTS INSTITUTE OF TECHNOLOGY - MIT. Moral Machine. disponível em: <https://www.moralmachine.net/hl/pt> Acesso em: 15 jul. 2020.

MIRAGEM, Bruno. Curso de Direito do Consumidor. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____, Bruno. Novo paradigma tecnológico, mercado de consumo digital e o direito do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, a.28, v. 125, p. 17-62, São Paulo: ed. RT, set./out., 2019. Disponível em: <https://revistadedireitodoconsumidor.emnuvens.com.br/rdc/article/view/1243> Acesso em: 28 jul. 2020.

OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de; LEAL, Túlio Augusto Castelo Branco. Considerações sobre os veículos autônomos: possíveis impactos econômicos, urbanos e das relações jurídicas. *Núcleo de Estudos e Pesquisas - CONLEG Senado Brasília*, p. 1-12, out. 2016. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td214/view> Acesso em: 22 jul. 2020

PEREIRA, Uiara Vendrame; TEIXEIRA, Tarcísio. Inteligência Artificial: a quem atribuir responsabilidade?. *Revista Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, ES. v. 20, n. 2, p. 119-142, mai./ago. 2019. Disponível em: <http://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/1523> Acesso em: 22 jul. 2020.

PINHEIRO, Guilherme Pereira; BORGES, Maria Ruth; MELLO, Flávio Luis de. Danos envolvendo veículos autônomos e a responsabilidade do fornecedor. *Revista Brasileira de Direito Civil*, Belo Horizonte, MG. v. 21, p. 247-267, jul./set., 2019. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/472/315> Acesso em: 15. jul. 2020.

PIRES, Thatiane Cristina Fontão; SILVA, Rafael Peteffi da. A responsabilidade civil pelos atos autônomos da inteligência artificial: notas iniciais sobre a resolução do parlamento europeu. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v.7, n.3, p. 238-254, 2017. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/4951> Acesso em 15 jul. 2020

SCHWAB, Klaus. A quarta revolução industrial. São Paulo: Edipro, 2016.

SILVA, Lucas do Monte. A responsabilidade civil por acidentes de carros autônomos: uma análise sob a ótica das smart cities. *Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª região*. v. 29, n. 7, p. 45-52. jul./ago., 2017. Disponível em: <https://portal.trf1.jus.br/portaltf1/jurisprudencia/revista/revista-do-trf.htm> Acesso em: 10 ago. 2020.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Assumpção Amorim. Manual de Direito do consumidor: direito material e processual. 6. ed. São Paulo: Método, 2017.

TEPEDINO, Gustavo; SILVA, Rodrigo da Guia. Inteligência artificial e elementos da responsabilidade civil. In: FRAZÃO, Ana; MULHOLLAND, Caitlin (coord.). *Inteligência Artificial e Direito: ética, regulação e responsabilidade*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

Breve análise das “smart factories” e da importância da sua regulamentação

Brief analysis on smart factories and on the importance of their regulation.

Diogo Nuno Cardoso Miranda de Matos Brandão¹

Sumário: 1. Enquadramento; 2. Requisitos relevantes para um novo setor; 3. Potencial da “Smart Factory”; 4. Novos desafios e novos receios; 5. Pensar a regulamentação; 6. Considerações Finais.

Resumo: Com o presente trabalho, propomo-nos a fazer uma brevíssima análise do conceito de “smart factory”, do seu alcance e potencial propriamente ditos e das variadas índoles jurídicas que acaba por afetar. Mais do que a procura de uma definição concetual, procuraremos abordar a questão numa ótica de sensibilizar para a importância da regulamentação da utilização da Inteligência Artificial e da Internet das Coisas no âmbito do “smart factory” e da Indústria 4.0. Utilizando exemplos práticos para fornecer uma base de análise concreta, apontaremos alguns dos impactos destas tecnologias e os riscos que devemos tomar em conta, bem como a necessidade de levar a cabo uma regulamentação adequada, célere e eficiente; por forma a dar resposta aos novos desafios suscitados, seja na tecnologia em si, seja a nível do direito do trabalho, da cibersegurança ou da privacidade e proteção de dados pessoais. Da mesma forma, e tomando em consideração a grande variedade de problemáticas a serem atendidas no domínio da regulamentação da Inteligência Artificial, faremos um breve elenco das várias abordagens que têm vindo a ser adotadas por vários ordenamentos jurídicos, por forma a sermos capazes de determinar qual a orientação mais adequada a ser adotada num contexto europeu, tomando em conta os seus objetivos estratégicos.

Palavras-chave: Indústria 4.0; Inteligência Artificial; Regulamentação Tecnológica; Smart Factory.

Abstract: Through this paper, we will attempt to provide a brief analysis on the concept of the “smart factory”, in regards to its reach and potential, while also considering the several areas of Law that it can influence. More than simply providing a conceptual definition of the matter at hands, we will try to approach the subject in a manner that seeks to point out the importance of regulating the use of Artificial Intelligence and of the Internet of Things when it comes to smart factories and Industry 4.0. Through the use of practical examples to establish a base of concrete analysis, we will point out some of the impacts and risks that this type of technology brings up, as well as the need of regulating it in an adequate, quick and efficient manner in order to properly handle new challenges whether it pertains to labour law, to cybersecurity, or even to data protection and privacy. Likewise, and taking into account the sheer amount of matters to be considered in AI regulation, we shall point out several approaches that have been adopted by many countries in order to be able to determine the best method that european countries and the European Union should adopt when it comes to its strategic objectives.

Keywords: Artificial Intelligence; Industry 4.0; Smart Factory; Technological Regulation.

¹ Mestre em Direito e Informática pela Escola de Direito da Universidade do Minho.

1. Enquadramento

Em primeiro lugar, importa entender que uma “smart factory” é o produto do rápido desenvolvimento da indústria da tecnologia e, em particular, da inteligência artificial, da computação em nuvem/“cloud computing”, da computação cognitiva, da “machine-learning” e da “Internet das Coisas” (IoT), traduzindo-se na utilização destas tecnologias para levar a cabo uma aplicação destes novos desenvolvimentos à indústria e à produção em si², numa busca pela celeridade, interoperabilidade e transparência da atividade industrial³.

Sendo a “smart factory” uma fábrica equipada com tecnologia que possibilita o estabelecimento de comunicações entre agentes humanos e mecânicos (“Machine-to-Man”/M2H) ou entre dois agentes mecânicos (“Machine-to-Machine”/M2M) por meio de tecnologias analíticas e cognitivas, prevê-se a capacidade de transmitir dados por meio de ligações de rede sem fio em tempo real e um acesso simultâneo por vários dispositivos que são capazes de transmitir a sua informação para outras máquinas de forma contínua.

Um exemplo claro do desenvolvimento da “smart factory” é o exemplo de empresas como a Saline Lectronics, das quais surge o “Lectronics Luigi”, um “smart speaker”⁴⁵ projetado para ser utilizado não apenas no controlo e gestão da atividade de produção fabril, mas também na interação com clientes e outros agentes humanos. A ligação do dispositivo às várias informações da empresa ao qual este vá sendo aplicado permitirá descrições detalhadas e em tempo real do funcionamento do estabelecimento ao qual está atribuído, assim como a capacidade de este sugerir opções de otimização da produtividade e, naturalmente, de as executar sob a forma de tarefas⁶.

A Saline Lectronics prevê igualmente uma conexão entre vários “smart speakers” na mesma plataforma, esperando associar a atividade do “Lectronics Luigi” com a “Alexa” da Amazon, por forma a satisfazer necessidades da rotina pessoal e profissional dos gestores de empresa.

2. Requisitos relevantes para um novo setor

Uma vez que uma fábrica pressupõe a presença de cadeias de produção e agentes de produção, torna-se relevante analisar quais os campos de teor técnico e de teor humano a serem tidos em conta e requeridos na operacionalização deste

2 LOW, Angus. Technical Standards for Smart Manufacturing: Evolution and Strategic Positioning. Smart Factories: Issues of Information Governance - Manufacturing Policy Initiative. 2019, p. 17.

3 MUSSOMELI, Adam [et al.]. The smart factory: Responsive, adaptive, connected manufacturing. Deloitte University Press. 2017, pp. 5-7. Disponível em https://www2.deloitte.com/content/dam/insights/us/articles/4051_The-smart-factory/DUP_The-smart-factory.pdf (consultado a 01.09.2020).

4 Dispositivo controlado por meio de comandos de voz, com um sistema de assistência virtual nele integrado, e que oferece a possibilidade de ser ativado e utilizado com recurso a um conjunto de palavras pré-definidas, estando as suas potencialidades passíveis de serem interligadas com funcionalidades Bluetooth, WiFi e outros tipos de protocolos.

5 TONG, Allen [et al.]. Privacy Attitudes of Smart Speaker Users. Proceedings on Privacy Enhancing Technologies. Vol. 4, 2019, p. 251-253.

6 Informação disponível em <https://www.lectronics.net/industry-5-0-lectronics-luigi/> (consultado a 05.09.2020)

novo modelo de perspetivar a indústria em causa⁷.

2.1. Requisitos Técnicos

Consideramos relevante mencionar o controlo descentralizado dos processos de produção, ou seja, a necessidade de que as máquinas, robôs ou ferramentas envolvidas na cadeia de produção sejam capazes de comunicar e colaborar entre si de forma contínua e sem a intervenção imediata de um agente humano, adotando uma autorregulação e auto-organização na otimização das suas próprias decisões, sempre em busca das soluções ideais para os desafios com que se deparam.

A descentralização alia-se ao requisito de integridade dos processos de produção, pelo que todos os ativos físicos da dita produção devem ser digitalizados e automatizados e as cadeias de suprimentos digitais devem igualmente originar na utilização da “Internet das Coisas”.

Esta grande responsabilidade sobre os agentes de software traduzir-se-á naturalmente, numa necessária estabilidade e confiança na interação do binómio homem/máquina, relação essa que pressupõe preocupações a nível de segurança cibernética, pelo que será também requisito a existência de sistemas capazes de proteger os sistemas, dados e redes destas fábricas de eventuais ameaças cibernéticas⁸.

2.2. Requisitos Sociais/Humanos⁹

Uma vez que o número de trabalhadores neste novo conceito de fábrica será bastante mais reduzido, fruto da sua substituição por dispositivos inteligentes, passará a ser essencial a existência de um conjunto de profissionais altamente qualificados na programação e operacionalização dos ditos dispositivos, por forma a colmatar eventuais insuficiências no funcionamento dos mesmos.

Assim, será fulcral investir em iniciativas de formação e treino adequados para trabalhadores especializados, por forma a torná-los capazes de trabalhar no contexto da Indústria 4.0¹⁰ e da “Internet das Coisas”.

Os desafios e mudanças a que a “smart factory”, enquanto conceito, se propõe, abrem, igualmente, a discussão de novos desafios na articulação dos direitos laborais com os sindicatos respetivos, uma vez que se encontra em mãos uma mudança de paradigmas e a necessidade de discutir novos incentivos laborais (como o serão os bónus e as oportunidades de progressão na carreira), bem como da articulação do binómio homem/máquina pelas empresas na manutenção da confiança dos agentes humanos para com os agentes de software.

7 LOW, Angus. Technical Standards for Smart Manufacturing: Evolution and Strategic Positioning. Smart Factories: Issues of Information Governance - Manufacturing Policy Initiative. 2019, pp. 17-19.

8 KOVÁCS, György; DUDÁS, László; BENOTSMANE; Rabab. Economic, Social Impacts and Operation of Smart Factories in Industry 4.0 Focusing on Simulation and Artificial Intelligence of Collaborating Robots, p. 6-7. Disponível em https://www.researchgate.net/publication/332999810_Economic_Social_Impacts_and_Operation_of_Smart_Factories_in_Industry_40_Focusing_on_Simulation_and_Artificial_Intelligence_of_Collaborating_Robots (consultado a 10.09.2020)

9

10 HOZDIC, Elvis. Smart Factory for Industry 4.0: a Review. International Journal of Modern Manufacturing Technologies. Vol. VII, nº. 1, 2015, p.27.

3. Potencial da “Smart Factory”

As funcionalidades uma “smart factory” incluem a possibilidade de transmitir dados de uma rede sem fios para a Internet em tempo real, o que facilita a possibilidade utilização e acesso a vários sistemas, bem como uma comunicação mais clara e eficiente das informações mais importantes do processo de produção. Será, então, simples de inferir que esta nova forma de atividade permite ajustar e otimizar o desempenho das máquinas e sistemas de produção e minimizar mais facilmente o desperdício, a inatividade e a presença de elementos e dispositivos obsoletos¹¹.

Este nível de eficiência e de facilidade de supervisão e controlo torna-se ainda mais apelativo se se tomar em conta de que tudo poderá ser por meio de uma interface homem-máquina (HMI), como um painel de controle ou mesmo um smartphone.

Torna-se plausível afirmar que cadeias de produção tradicionalmente centralizadas passarão a poder caminhar em direção à descentralização, num sistema no qual as máquinas se tornam passíveis de levar a cabo uma atividade de produção constante e contínua¹², mas também sustentável a longo prazo. Da mesma forma, possibilita-se um aumento da receita tributária para os governos, que terão mais formas de apoiar as fábricas com mais incentivos fiscais (entre outros apoios financeiros) na utilização mais tecnologias de ponta e num aumento da empregabilidade e dos lucros^{13 14}.

4. Novos desafios e novos receios

O esbatimento de fronteiras e delimitações geográficas do mercado das tecnologias¹⁵ implica uma perspetivação de soluções a nível mundial para as oportunidades e os desafios globais provenientes da inteligência artificial e da sua aplicação a outros setores de atividade, bem como na forma como os indivíduos as perspetivam.

No contexto europeu, marcado pelos esforços de criação de um Mercado Único Digital^{16 17} naquele que é um “espaço sem fronteiras, em que pessoas e empresas podem exercer atividades comerciais, inovar e interagir de forma legal, segura e a preços acessíveis” em que “(...) as empresas são capazes de utilizar plenamente as novas tecnologias e que as pequenas empresas, em particular, têm a possibilidade

11 BELTON, Keith B.; OLSON, Ryan. The Promise of Smart Manufacturing. Smart Factories: Issues of Information Governance - Manufacturing Policy Initiative. 2019, pp. 5-8.

12 Business Innovation Observatory – Capacity optimisation – estudo da União Europeia. Disponível em <https://ec.europa.eu/docsroom/documents/13395/attachments/3/translations/en/renditions/native>

13 MUSSOMELI, Adam [et al.]. The smart factory: Responsive, adaptive, connected manufacturing. Deloitte University Press, 2017, pp. 10-12. Disponível em https://www2.deloitte.com/content/dam/insights/us/articles/4051_The-smart-factory/DUP_The-smart-factory.pdf (consultado a 01.09.2020).

14 AARONSON, Susan Ariel. The Trade Impact of Smart Factories. Smart Factories: Issues of Information Governance - Manufacturing Policy Initiative. Março de 2019, p. 29.

15 HENNEMANN, Moritz. Artificial Intelligence and Competition Law in Regulating Artificial Intelligence. 1ª edição. Cham: Springer, 2020, p.361 ss.

16 ABREU, Joana Covelo de. O Mercado Único Digital como o novo mundo para a União Europeia: repercussões na estrutura regulatória social e institucional – a redefinição do serviço universal e do Organismo de Reguladores Europeus das Comunicações Eletrónicas (ORECE). UNIO – EU Law Journal. Vol. 4, No. 2, junho de 2018, pp. 60-62.

17 ABREU, Joana Covelo de. Digital Single Market under EU political and constitutional calling: European electronic agenda's impact on interoperability solutions. UNIO - EU Law Journal. Vol. 3, No. 1, January 2017, pp. 123-126.

de atravessar a UE com apenas um clique”¹⁸, torna-se fulcral determinar abordagem a adotar relativamente à regulamentação das novas tecnologias.

Posto isto, torna-se claro que, tanto a tecnologia em si como os sistemas sociotécnicos que recorrem à mesma devem assegurar um clima de competitividade e concorrência equilibrado que permita que todas as partes que desenvolvam as suas atividades possam tirar proveito dos seus benefícios ao mesmo tempo que os seus receios de abusos de mercado, cartelizações e falta de transparência¹⁹ sejam devidamente mitigados. Naturalmente, estas preocupações englobarão a Indústria 4.0 e, por conseguinte, a “smart factory”.

Conforme indicado pela Comissão Europeia em abril 2019²⁰, um sistema de inteligência artificial de confiança deve ter como base três componentes essenciais, a serem verificados ao longo de toda a sua existência, nomeadamente (i) o respeito de toda a legislação e regulamentação aplicáveis, (ii) a observância de princípios e valores éticos, e (iii) solidez técnica e social, acautelando eventuais danos que possam advir da sua atuação.

Com base nestas considerações, elencaremos alguns problemas comuns a qualquer aplicação da inteligência artificial noutros setores de atividade, fazendo uma ponte específica com a “smart factory”, por forma a fomentar a reflexão neste domínio.

4.1. Cibersegurança

A própria natureza da “smart factory” deixa as empresas que a ela recorrem abertas a um manancial de ameaças cibernéticas que têm vindo a dissuadir alguns agentes de proceder à sua implementação²¹, fruto de um receio de perdas financeiras ou de outros negócios como resultado de um ataque cibernético.

O facto de se ter várias informações armazenadas em dispositivos interconectados implica uma multiplicidade de acessos às informações confidenciais, seja por meio de dispositivos como computadores portáteis ou smartphones, o que torna o risco de espionagem industrial uma preocupação cada vez mais recorrente, especialmente se considerarmos que uma parte considerável das empresas não valoriza devidamente o valor da preservação e proteção de informações comerciais sensíveis²².

Nesta senda, o receio de consequências legais e de responsabilidade civil ou criminal que possa advir desta ausência de competências também contribui para a não adoção da Indústria 4.0, sendo que, em vez de transferirem os seus dados para um modelo de “cloud”, algumas empresas optam por armazenar as informações em

18 Estudo disponível em <https://op.europa.eu/webpub/com/factsheets/digital/pt/#what-is-digital-single-market> (consultado a 03 de maio de 2020).

19 WISCHMEYER, Thomas. Artificial Intelligence and Transparency: Opening the Black Box in Regulating Artificial Intelligence. 1ª edição. Cham: Springer, 2020, p.75 ss.

20 Orientações éticas PARA UMA IA DE CONFIANÇA, p. 6. Disponível em <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/ethics-guidelines-trustworthy-ai>.

21 O Relatório de Cibersegurança de 2018 da EEF constatou que, enquanto 91% dos fabricantes investiram em tecnologia digital, 35% disseram que se encontram impedidos de investir totalmente devido a preocupações de cibersegurança.

22 The Smart Factory – Risk Management Perspectives. Cro Forum, dezembro de 2015. Informação disponível em <https://www.agcs.allianz.com/content/dam/onemarketing/agcs/agcs/reports/AGCS-Smartfactory-report.pdf>, p.11. (consultado a 29.08.2020).

servidores localizados em instalações locais.

No caso específico da smart factory, na qual a própria génese do funcionamento da cadeia de produção se encontra programada e plasmada nos vários sistemas que o gerem tal processo, entende-se a gravidade de um qualquer terceiro malicioso conseguir aceder a estas informações e utilizá-las para fins ilícitos, podendo inclusive pôr em causa questões sigilosas das empresas e dos seus funcionários²³.

Da mesma forma, a utilização destes dados como forma de obter vantagens competitivas no mercado ou de adquirir propriedade intelectual de forma ilícita é igualmente nociva, especialmente numa época em que a inovação e o registo de patentes fazem cada vez mais a diferença no destaque das empresas no Mercado.

Por fim, cabe-nos ainda apontar que não existe apenas a ameaça de roubo de dados mas também da disrupção de cadeias de produção, uma vez que alguém que consiga controlar e reprogramar os sistemas poderá facilmente comprometer a qualidade dos produtos e, no caso de sistemas como a Lectronics Luigi, baseados numa interação direta com o cliente, utilizá-los para se apoderar de dados pessoais dos mesmos.

4.2. Estandardização: Riscos para o desenvolvimento da indústria

Uma questão pertinente de se discutir será a questão dos riscos em termos de agência na autonomia. Se a matéria é transversal à inteligência artificial em geral, o recurso da mesma na “smart factory” torna clara a necessidade de explanar, ainda que sucintamente, alguns receios a acautelar no que concerne à autonomia e à criatividade dos agentes nas cadeias de produção.

Na ótica da oferta, devemos ter em conta a prestação de serviços através de plataformas online e, conseqüentemente, o uso intensivo de dados, o que levanta eventuais preocupações no que concerne à interoperabilidade e à infoexclusão de utilizadores.

Já no que concerne à procura, levanta-se o risco de estandardização de procedimentos e de uma falta de sentido crítico e real compreensão por parte dos utilizadores²⁴.

Por “estandardização” entende-se o processo a partir do qual o agente (humano ou não) responsável por uma dada tarefa cria um conjunto de comportamentos e procedimentos padrão²⁵, os quais aplicará de forma geralmente uniforme a uma panóplia de situações, por forma a dar uma resposta mais célere e eficiente às necessidades de produção que lhe são exigidas.

Um sistema de decisão automatizado e estandardizado levanta a preocupação de uma maior dificuldade na procura métodos de desenvolvimento da atividade e de

23 SCHACKELFORD, Scott J. Smart Factories, Dumb Policy? Managing Cybersecurity and Data Privacy Risks in the Industrial Internet of Things. Smart Factories: Issues of Information Governance - Manufacturing Policy Initiative. Março de 2019, pp. 27-28.

24 BRANDÃO, Diogo Matos. FinTech e Concorrência da União Europeia: perspetivas de atuação. Revista de Direito Financeiro e dos Mercados de Capitais. 2020, p.17.

25 Será, aqui, pertinente analisar a Diretiva 2015/2366 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de novembro de 2015, referente a serviços de pagamento no contexto do Mercado Interno. Apesar de se ligar a uma temática distinta da que se encontra aqui em análise, permite evidenciar esta tendência de estandardização dos procedimentos.

uma incapacidade humana em compreender o funcionamento dos sistemas que os auxiliam, visto que estes não conseguem dar uma explicação criteriosa e perceptível aos responsáveis pela cadeia de produção, o que incentiva uma adesão cega aos seus resultados e a um esforço reduzido em procurar novas alternativas.

Paradoxalmente, torna-se claro que a otimização e a eficiência a que a inteligência artificial aplicada à indústria se propõe pode acabar por limitar a evolução da mesma, fruto do recurso a algoritmos e à inerente falta de transparência respeitante à tomada de decisão dos mesmos²⁶, o que por si só levanta a necessidade de abrir a discussão da responsabilidade pelas decisões tomadas pelos sistemas de apoio à decisão.

5. Pensar a regulamentação

A regulamentação da Indústria 4.0 em geral, e da smart factory em particular, torna-se premente em vários domínios, devendo as entidades reguladoras nacionais e internacionais levar a cabo a elaboração de planos de ação e de diplomas legais que incluam requisitos obrigatórios de cibersegurança nestes novos sistemas, bem como de abrir o diálogo e o debate relativamente a estes tópicos, de forma a consciencializar os vários agentes do Mercado dos riscos a acautelar e da importância de ter uma previsão legal dessa índole²⁷.

Será relevante mencionar que a União Europeia tem adotado uma posição de maiores esforços de regulamentação no que respeita à cibersegurança e à proteção da privacidade de dados²⁸, destacando-se a Diretiva de Cibersegurança das redes e dos sistemas de informação (NIS)²⁹, o Regulamento Geral de Proteção de Dados³⁰ e a Resolução do Parlamento Europeu de 2017 relativamente ao Direito Civil da Robótica³¹, iniciativas que em muito têm contribuído para tornar a União Europeia num líder global nas melhores práticas de “information governance”³².

Sendo que digitalização da indústria e a sua regulamentação são temas que se encontram em discussão, fará sentido perspetivar uma aplicação do modelo de regulamentação industrial alemão na regulamentação europeia do “smart factory”, uma vez que, não obstante a sua dificuldade em competir com as potências mundiais (Estados Unidos da América e República Popular da China), este modelo é aquele que nos é mais próximo e que se encontra diretamente correlacionado com

26 HENNEMANN, Moritz. Artificial Intelligence and Competition Law in Regulating Artificial Intelligence. 1ª edição. Cham: Springer, 2020, p.361 ss

27 MUSSOMELI, Adam [et al.]. The smart factory: Responsive, adaptive, connected manufacturing. Deloitte University Press. 2017, p.14. Disponível em https://www2.deloitte.com/content/dam/insights/us/articles/4051_The-smart-factory/DUP_The-smart-factory.pdf (consultado a 01.09.2020).

28 MARSCH, Nikolaus. Artificial Intelligence and the Fundamental Right to Data Protection: Opening the Door for Technological Innovation and Innovative Protection in Regulating Artificial Intelligence. 1ª edição. Cham: Springer, 2020, p.33 ss.

29 Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=LEGISSUM:4314915&from=PT> (consultada a 10.09.2020).

30 Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R0679&from=PT> (consultado a 10.09.2020).

31 Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52017IP0051&from=EN> (consultado a 01 de agosto de 2020).

32 SCHACKELFORD, Scott J. Smart Factories, Dumb Policy? Managing Cybersecurity and Data Privacy Risks in the Industrial Internet of Things. Smart Factories: Issues of Information Governance - Manufacturing Policy Initiative. Março de 2019, p. 29.

legislação europeia (como é o caso do RGDP) e com o próprio conceito da Indústria 4.0, originado na Alemanha³³.

6. Considerações Finais

Uma postura de inércia na reação aos desafios concorrências da Era Digital traduzir-se-á numa perpetuação das desigualdades entre negócios, o que se traduzirá numa perda de negócios para alguns agentes económicos em paralelo com um risco sistémico passível de se desenrolar (perante não observação, mitigação e controlo) numa nova crise financeira. Por outro lado, uma regulamentação excessiva também não se afigura como a conduta correta, visto que funciona como um desincentivo à inovação e à procura de respostas aos desafios do Mercado.

A solução, naturalmente, encontrar-se-á numa regulamentação sóbria e ponderada, a qual se prova, mais uma vez, fulcral e premente.

Referências Bibliográficas

AARONSON, Susan Ariel. The Trade Impact of Smart Factories. Smart Factories: Issues of Information Governance - Manufacturing Policy Initiative. Março de 2019.

ABREU, Joana Covelo de. Digital Single Market under EU political and constitutional calling: European electronic agenda's impact on interoperability solutions. UNIO - EU Law Journal. Vol. 3, No. 1, January 2017.

ABREU, Joana Covelo de. O Mercado Único Digital como o novo mundo para a União Europeia: repercussões na estrutura regulatória social e institucional – a redefinição do serviço universal e do Organismo de Reguladores Europeus das Comunicações Eletrónicas (ORECE). UNIO – EU Law Journal. Vol. 4, No. 2, junho de 2018.

BELTON, Keith B.; OLSON, Ryan. The Promise of Smart Manufacturing. Smart Factories: Issues of Information Governance - Manufacturing Policy Initiative. 2019.

BRANDÃO, Diogo Matos. FinTech e Concorrência da União Europeia: perspetivas de atuação. Revista de Direito Financeiro e dos Mercados de Capitais. 2020.

HENNEMANN, Moritz. Artificial Intelligence and Competition Law in Regulating Artificial Intelligence. 1ª edição. Cham: Springer, 2020.

HOZDIC, Elvis. Smart Factory for Industry 4.0: a Review. International Journal of Modern Manufacturing Technologies. Vol. VII, nº. 1, 2015.

KOVÁCS, György; DUDÁS, László; BENOTSMANE; Rabab. Economic, Social Impacts and Operation of Smart Factories in Industry 4.0 Focusing on Simulation and Artificial Intelligence of Collaborating Robots.

³³ O papel histórico da Alemanha enquanto líder mundial no valor acrescentado per capita da manufatura, bem como a influência que exerce dentro da União Europeia no campo das novas tecnologias (basta tomar em conta a Diretiva da Segurança da Informação é baseada, em grande parte, na lei da ciber-segurança alemã de 2015) parecem conferir algum grau de certeza na abordagem a adotar pelo legislador nacional e europeu na regulamentação da questão.

LOW, Angus. Technical Standards for Smart Manufacturing: Evolution and Strategic Positioning. Smart Factories: Issues of Information Governance - Manufacturing Policy Initiative. 2019.

MARSCH, Nikolaus. Artificial Intelligence and the Fundamental Right to Data Protection: Opening the Door for Technological Innovation and Innovative Protection in Regulating Artificial Intelligence. 1ª edição. Cham: Springer, 2020.

MUSSOMELI, Adam [et al.]. The smart factory: Responsive, adaptive, connected manufacturing. Deloitte University Press. 2017.

MUSSOMELI, Adam [et al.]. The smart factory: Responsive, adaptive, connected manufacturing. Deloitte University Press, 2017.

SCHACKELFORD, Scott J. Smart Factories, Dumb Policy? Managing Cybersecurity and Data Privacy Risks in the Industrial Internet of Things. Smart Factories: Issues of Information Governance - Manufacturing Policy Initiative. Março de 2019.

TONG, Allen [et al.]. Privacy Attitudes of Smart Speaker Users. Proceedings on Privacy Enhancing Technologies. Vol. 4, 2019.

WISCHMEYER, Thomas. Artificial Intelligence and Transparency: Opening the Black Box in Regulating Artificial Intelligence. 1ª edição. Cham: Springer, 2020.

Direito à educação e acesso as novas tecnologias para a educação básica

Right to education and access to new technologies for basic education

Bianca Croda¹

Thaís Janaina Wenczenovicz²

Sumário: 1. O direito à educação e a educação básica; 2. Os direitos sociais e o direito à educação; 3. Aprendizagem das crianças e dos adolescentes e as tecnologias; 4. Educação, desigualdades sociais e novas tecnologias; Considerações Finais.

Resumo: A educação é um direito humano e um direito positivado e efetivo. Assim podemos dizer que a educação é direito de todos e dever do Estado, da família, devendo ser digna e de qualidade. O acesso à educação é direito público subjetivo e o seu não oferecimento pelo Poder Público, ou a sua oferta insuficiente e irregular poderá importar responsabilidade da autoridade competente. Efetiva-se que esse direito constitucional perante a sociedade é essencial para o desenvolvimento da nação e para a justiça social. No decorrer do tempo a educação foi reconhecendo novos elementos importantes para a sua efetivação, como a chegada das tecnologias. Importante salientar que a educação é uma dos direitos que mais se destaca pela conquista de sua efetivação na plenitude. É comum a comunidade escolar reivindicar melhorias estruturais nas escolas investimentos para a infraestrutura e valorização de professores, funcionários e técnicos. Outro elemento relevante no contexto educacional e escolar foi a chegada das tecnologias. Por muito tempo as escolas e espaços educativos realizaram debates e reflexões sobre o impacto das tecnologias no processo de ensino-aprendizagem, porém o ingresso das mesmas foi inevitável. Inicialmente foi necessário entender a realidade e explicitar a potencial contribuição das tecnologias de informação e comunicação (TIC) para as escolas e a comunidade escolar brasileira. Esses debates foram realizados entre os anos de 2000 e 2010. De acordo com o IBOPE Inteligência para o Comitê Gestor da Internet no Brasil em 2010, todas as escolas da zona urbana brasileira possuíam pelo menos um computador. Entretanto, apenas 88% das escolas tinham computador nos espaços da coordenação e 81% nos laboratórios de informática sendo que em, apenas 38% delas disponibilizavam acesso aos alunos na biblioteca e somente 4% na sala de aula. O presente trabalho visa analisar a relação estabelecida entre o direito à educação e o uso das novas tecnologias digitais nas escolas de educação básica no Brasil no período de 2000 a 2020.

Palavras-chave: Acesso as novas tecnologias; Desigualdades Sociais; Direito à educação.

Abstract: Education is a human right and a positive and effective right. So we can say that education is the right of everyone and the duty of the State, of the family, and it must be dignified and of quality. Access to education is a subjective public right and its failure to provide it by the Public Power, or its insufficient and irregular offer may imply responsibility of the competent authority. It turns out that this constitutional right before society is essential for the development of the nation and for social justice. Over time, education has recognized new important elements for its effectiveness, such as the arrival of technologies. It is important to note that education is one of the rights that stands out the most for achieving its full effectiveness. It is common for the school community to demand structural improvements in schools, investments for infrastructure and the valorization of teachers, employees and technicians. Another relevant element in the educational and school context was the arrival of technologies. For a long time, schools and educational spaces held debates and reflections on the impact of technologies on the teaching-learning process, however their entry was inevitable. Initially, it was necessary to understand the reality and explain the potential contribution of information and communication technologies (ICT) to schools and the Brazilian school community. These debates were held between the years 2000 and 2010. According to IBOPE Inteligência for the Brazilian Internet Steering Committee in 2010, all schools in the Brazilian urban area had at least one computer. However, only 88% of the schools had a computer in the coordination spaces and 81% in the computer labs, with only 38% of them providing access to students in the library and only 4% in the classroom. The present work aims to analyze the relationship established between the right to education and the use of new digital technologies in basic education schools in Brazil in the period from 2000 to 2020.

Keywords: Access to new technologies; Social differences; Right to education.

¹ Bacharel e Especialista em Direito. Mestranda em Direitos Fundamentais/UNOESC. E-mail: biancacroda12@gmail.com

² Docente adjunta/pesquisador sênior da Universidade Estadual do Rio Grande do Sul/UERGS. Professora Titular no Programa de Pós-Graduação em Educação/UERGS e no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito/UNOESC. Professora Colaboradora no Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Educação da Universidade Estadual do Paraná- UNIOESTE. Avaliadora do INEP - BNI ENADE/MEC. Membro do Comitê Internacional Global Alliance on Media and Gender (GAMAG) - UNESCO. Líder do Grupo de Pesquisa CNPq/UERGS Direitos Humanos e Justiça: perspectivas decoloniais. ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-9405-3995>. E-mail: t.wencze@terra.com.br

1. O direito à educação e a educação básica

É de domínio coletivo que o direito à educação se encontra na Constituição Federal, na Declaração Universal dos Direitos Humanos, na Lei de Diretrizes e Bases, no Plano Nacional de Educação, nos Parâmetros Curriculares Nacionais – PCN’S – e Regimentos Estaduais. No artigo 205, capítulo III – Da educação, da cultura e do desporto – Seção I – Da educação diz que “a educação, direito de todos e dever do Estado e da Família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”. (BRASIL, CF 88).

De acordo com a Constituição federal no Art. 206, constata-se que o ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

- I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;
 - II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber;
 - III - pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino;-
 - IV - gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais;
 - V- valorização dos profissionais da educação escolar, garantidos, na forma da lei, planos de carreira, com ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos, aos das redes públicas; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006);
 - VI - gestão democrática do ensino público, na forma da lei;
 - VII - garantia de padrão de qualidade.
 - VIII - piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação escolar pública, nos termos de lei federal. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006).
- Parágrafo único. A lei disporá sobre as categorias de trabalhadores considerados profissionais da educação básica e sobre a fixação de prazo para a elaboração ou adequação de seus planos de carreira, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006).

Já no Art. 208. observamos que o dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

- I - ensino fundamental, obrigatório e gratuito, assegurada, inclusive, sua oferta gratuita para todos os que a ele não tiveram acesso na idade própria; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 14, de 1996).
- II - progressiva universalização do ensino médio gratuito; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 14, de 1996);
- III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;
- IV - educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006);
- V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;
- VI - oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando;
- VII - atendimento ao educando, no ensino fundamental, através de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à

saúde;

§ 1º - O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.

§ 2º - O não oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente.

§ 3º - Compete ao Poder Público recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela frequência à escola.

Art. 210. Serão fixados conteúdos mínimos para o ensino fundamental, de maneira a assegurar formação básica comum e respeito aos valores culturais e artísticos, nacionais e regionais.

§ 1º - O ensino religioso, de matrícula facultativa, constituirá disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental.

§ 2º - O ensino fundamental regular será ministrado em língua portuguesa, assegurada às comunidades indígenas também a utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem.

O direito à educação se vincula em três objetivos específicos: (1) pleno desenvolvimento da personalidade humana e fortalecimento do respeito aos direitos do ser humano e às liberdades fundamentais; (2) promoção da compreensão, da tolerância e da amizade entre todas as nações e a todos os grupos raciais e religiosos; e (3) incentivo às atividades da ONU para a manutenção da paz. (WENCZENOVICZ, 2020, p. 2).

A Assembleia Geral das Nações Unidas proclama a “Declaração Universal dos Direitos do Homem” como o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, com o objetivo de que cada indivíduo e cada órgão da sociedade, tendo sempre em mente que esta Declaração, se esforce, através do ensino e da educação, por promover o respeito a esses direitos e liberdades, e, pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, por assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universais e efetivos, tanto entre os povos dos próprios Estados Membros, quanto entre os povos dos territórios sob sua jurisdição.

Nesse cenário, refletindo sobre o princípio da justiça social, a equidade nos fala do respeito às diferenças para igualdade de oportunidades na sociedade. Ou seja, quanto mais desigual, sócio e economicamente, seria propício uma melhor e maior oportunidade. (QUEIROZ, 2002).

Essa desigualdade social implica, obviamente, também uma desigualdade no acesso à educação. A excepcionalidade trazida pela crise evidencia as dificuldades enfrentadas pela escola pública e vem reforçar a necessidade e a importância da nossa luta em defesa do cumprimento do Plano Nacional de Educação (PNE) — incluindo o que toca a meta de investimentos de 10% do Produto Interno Bruto (PIB) brasileiro na educação pública, gratuita, democrática e de qualidade socialmente referenciado — e pela urgente revogação da Emenda Constitucional (EC) 95, que, ao estabelecer um teto de gastos públicos, inviabilizou a execução do PNE, bem como de quaisquer políticas públicas nas áreas de educação, saúde e assistência social, justamente nas quais são expostas nossas maiores fragilidades nesses tempos de

corona vírus de ascensão através da educação. (PEIXOTO, 2020).

Quanto à implementação do referido plano, é importante observar seu papel articulador na difusão da cultura dos direitos humanos no país e na afirmação destes, cada vez mais com maior força, tanto no âmbito das políticas públicas como das organizações da sociedade civil (SILVA, 2011).

De acordo com o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, diz que: “O PIDESC reconhece, em seu Artigo 13, o direito à educação da seguinte forma: Os Estados-parte no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa à educação. Concordam que a educação deverá visar ao pleno desenvolvimento da personalidade humana e do sentido de sua dignidade e a fortalecer o respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais. Concordam ainda que a educação deverá capacitar todas as pessoas a participar efetivamente de uma sociedade livre, favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e entre todos os grupos raciais, étnicos ou religiosos e promover as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz” .

Considera-se que tais princípios são imprescindíveis para a consolidação de uma matriz de formação de profissionais de diversas áreas, principalmente aquelas que se relacionam com atividades componentes dos diversos espaços protetivos de direitos, especialmente direito, assistência social, saúde e educação. Tais profissionais podem ser concebidos como agentes de proteção social, pois atuam nos diversos ambientes que potencialmente funcionam como espaços protetivos, como é o caso da escola.

Na educação básica, a educação em direitos humanos, como eixo capaz de consolidar a escola como espaço protetivo, deve articular o respeito às diferenças de gênero, étnicas, geracionais, de orientações sexuais, religiosas e políticas, relacionando as dimensões cognitiva (o pensar e o processo de construção e apreensão do conhecimento), subjetiva (o sentir consigo e com o outro) e prática (as atitudes e comportamentos individuais e grupais e ações institucionais). A educação intercultural e o diálogo inter-religioso, assim como a leitura crítica da variedade prática do diálogo inter-religioso, assim como a leitura crítica da variedade prática de preconceitos, estigmas e formas de discriminação, constituem componentes da educação em direitos humanos (CANDAU et al., 1995).

2. Os direitos sociais e o direito à educação

Na carta constitucional os direitos sociais estão relacionados no artigo 6º, no Título dos Direitos e Garantias Fundamentais: “São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”. (CF/88, EC n. 26/2000)

Segundo Bobbio (1992), o constitucionalismo tem, na Declaração, “um dos seus momentos centrais de desenvolvimento e conquista que consagra as vitórias do cidadão sobre o poder”. Ele lembra que os direitos humanos podem ser classificados em civis, políticos e sociais, destacando que, para serem verdadeiramente garantidos,

“devem existir solidários”.

Como premissa básica no estudo dos direitos sociais, convém deixar clara a distinção entre a efetividade normativa, eficácia jurídica ou a aplicabilidade das normas de direitos fundamentais e a efetividade material dos direitos fundamentais, ou seja, a sua concretização na vida em sociedade. (MACHADO, 2014)

Constata-se que os princípios, ao contrário das regras que apresentam principalmente eficácia positiva ou simétrica, caracterizam-se por três modalidades de eficácia: a interpretativa, a negativa e a vedativa de retrocesso (não se encontra ainda consolidada na doutrina e na jurisprudência). Importa notar que essas três modalidades de eficácia constituem instrumentos hábeis para evitar a violação dos princípios frente a uma ação, normalmente estatal. Já a omissão, que deixa de realizar o efeito do princípio, escapa ao controle de todas elas. A dificuldade da efetiva implementação dos direitos sociais reside exatamente nesta interpretação restrita dos hermeneutas pátrios. A solução para o problema, conforme sugere a citada autora, estaria em associar também aos princípios a modalidade de eficácia positiva ou simétrica, de modo que a omissão inconstitucional possa ser sanada pela via judicial. (MACHADO, 2014)

De toda forma, Sarlet (2010) frisa que a existência de normas que se restringem a estabelecer programas, finalidades e tarefas mais ou menos concretas a serem implementadas pelos órgãos estatais e que reclamam uma mediação legislativa (normas programáticas), correspondem a uma exigência do Estado Social de Direito. (Com efeito, possuem natureza ideológica e representam os compromissos políticos firmados no momento constituinte, para atender aos reclamos das diversas facções e grupos sociais). (MACHADO, 2014)

Os direitos sociais só foram reconhecidos em plano constitucional pioneiramente pela Constituição do México, em 1917, e pela Constituição da República Alemã (de Weimar, 1919), após a revolução industrial do século XIX. Também se desenvolveu uma concepção característica do constitucionalismo do período pós-primeira guerra mundial, de que era preciso reposicionar a abrangência dos direitos fundamentais, alargando-se o conceito de cidadania e operando-se a alteração no conceito de dignidade da pessoa humana.

Muitos autores defendem que a expressão direitos sociais designa “direitos fundamentais que dependem, para sua efetividade, do aporte de recursos materiais e humanos” (SARLET, 2010), e que demandam, em regra, uma atuação do Estado na direção da igualdade entre os cidadãos, tais como os direitos à educação, à saúde, à habitação, à assistência e à previdência social, entre outros. Os direitos de liberdade, ao contrário, imporiam uma omissão do Estado.

Para além de sua efetividade normativa, há que se considerar os aspectos que envolvem a garantia do referido direito, tanto na dimensão da oferta, ou do “tipo de prestação exigível do poder público para sua satisfação em caso de sua oferta regular ou insuficiente” (DUARTE, 2007, p. 693), quanto do papel do Estado na atuação da exigibilidade dos direitos sociais, assim como na qualidade do papel social a que esta tarefa se propõe.

No sentido de promover uma exigência de equidade, onde todos tenham ensino

de qualidade, aspecto que evitaria a reprodução do ciclo de exclusão social, no qual as camadas com situação socioeconômica precária estão excluídas da economia formal, fazendo com que tenham poucas oportunidades de superar sua situação reproduzindo o ciclo que a exclui. Já a inclusão social na educação superior possibilita a redução das discriminações relacionadas às diferenças de renda e socioculturais, diferenças que podem se converter em causas da exclusão (BRASIL, 1988).

Importante destacar que a educação, como direito social de oferta obrigatória – e muito recentemente considerada como direito universal –, constitui elemento componente de um projeto político de coletividade, mais do que o atendimento de interesses individuais; por isso, a educação deve ser considerada um direito de natureza social.

Nessa lógica, destaca-se a proposição de que a escola como espaço de proteção deve atuar a partir de uma dinâmica distributiva de saberes, culturas, conhecimento e competências, transformando a máxima liberal da igualdade de oportunidades da meritocracia, sob uma perspectiva liberal igualitária (BRITO FILHO, 2014), elementos constituintes da denominada justiça formal, em intervenção estatal por um projeto de educação que se proponha equitativo e que prime pela justiça social.

3. Aprendizagem das crianças e dos adolescentes e as tecnologias

Inúmeros são os problemas enfrentados cotidianamente nas escolas brasileiras. Os resultados mostram ainda que a passagem do ensino fundamental para o médio acentua o abandono escolar, uma vez que aos 15 anos o percentual de jovens quase dobra em relação à faixa etária anterior, passando de 8,1%, aos 14 anos, para 14,1%, aos 15 anos. Os maiores percentuais, porém, se deram a partir dos 16 anos, chegando a 18,0% aos 19 anos ou mais. (IBGE, 2018).

A taxa de escolarização foi de 35,6% (3,6 milhões) para crianças de 0 a 3 anos, 92,9% (5 milhões) na faixa de 4 a 5 anos, 99,7% (25,8 milhões) dos 6 aos 14 anos – percentual próximo à universalização –, 89,2% (8,5 milhões) de 15 a 17 anos, 32,4% (7,3 milhões) de 18 a 24 anos e 4,5% (6,1 milhões) para 25 anos ou mais. (IBGE, 2018).

Já a taxa de analfabetismo das pessoas de 15 anos ou mais no Brasil ficou em 6,6% em 2019, o que corresponde a 11 milhões de pessoas. Mais da metade dos analfabetos (56,2% ou 6,2 milhões) viviam na região Nordeste e 21,7% (2,4 milhões de pessoas) viviam no Sudeste. Em relação a 2018, houve uma redução de 0,2 p. na taxa de analfabetismo, correspondendo a aproximadamente 200 mil analfabetos a menos em 2019. (IBGE, 2018).

Importante destacar também apesar da melhora do quadro do analfabetismo, 52,6% da população de 25 anos ou mais não completaram a educação escolar básica e obrigatória em 2018, ou seja, não concluíram no mínimo o ensino médio. No Nordeste, o percentual chegava a 61,1%. Ou seja, a proporção da população com pelo menos o ensino médio completo nessa faixa etária cresceu de 45% para 47,4%, entre 2016 e 2018. Outro aumento em destaque é o percentual de pessoas com o ensino superior completo, que passou de 15,7% em 2017 para 16,5% em 2018. (INEP, 2019)

De acordo com a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua, com relação à cor ou raça, 55,8% dos brancos haviam completado, no mínimo, o ciclo básico, já entre os pretos ou pardos esse percentual foi de 40,3%. Entre as mulheres, 49,5% tinham alcançado, ao menos, o ensino médio completo e entre os homens, 45%. (PNAD Contínua, 2019)

3.1 Educação, desigualdades sociais e novas tecnologias

Dentre os obstáculos vivenciados na trajetória educacional do Brasil, também se destacam as questões estruturais e acesso a tecnologia. Os problemas de acesso a computadores e de conexão são constantemente denunciados por professores e gestores educacionais.

Da soma da tecnologia e conteúdo nascem oportunidades de ensino adequadas ao ensino (BIANCHETTI, 2001) uma vez que a “era digital” no espaço educativo se transforma e o conhecimento viaja velozmente “na era digital virtual da informação”. (KENSKI, 2007).

A educação a distância no Brasil apresenta crescimento exponencial na última década. Aliado a este crescimento, há o aumento do interesse da sociedade em adquirir conhecimentos e requerer seus direitos através das políticas públicas. O fato de o Brasil apresentar uma diversidade vasta de grupos e culturas favorece a educação mediada por tecnologias que aproximem as pessoas de todas as regiões. (SOUZA, 2010).

Segundo a Pesquisa TIC Domicílios 2018, realizada pelo Centro Regional de Estudos para o Desenvolvimento da Sociedade da Informação, 42% dos lares brasileiros não possuem computador e por consequência a impossibilidade de acesso das tecnologias as crianças e adolescentes. Ou seja, 39% dos estudantes de escolas públicas urbanas não têm computador ou tablet em casa. Nas escolas particulares, o índice é de 9%. Insta destacar que os professores também ressentem-se da inacessibilidade. Os docentes também afirmam seguidamente que a falta de capacitação dificulta a inserção no ambiente digital: 53% dos docentes não possuem curso específico para o uso do computador e da internet para o desenvolvimento da prática pedagógica.

Considerações finais

O acesso à educação é direito público subjetivo e o seu não oferecimento pelo Poder Público, ou a sua oferta insuficiente e irregular poderá importar responsabilidade da autoridade competente. Efetiva-se que esse direito constitucional perante a sociedade é essencial para o desenvolvimento da nação e para a justiça social.

No decorrer do tempo a educação foi reconhecendo novos elementos importantes para a sua efetivação, como a chegada das tecnologias. Importante salientar que a educação é uma dos direitos que mais se destaca pela conquista de sua efetivação na plenitude. É comum a comunidade escolar reivindicar melhorias

estruturais nas escolas investimentos para a infraestrutura e valorização de professores, funcionários e técnicos.

Outro elemento relevante no contexto educacional e escolar foi a chegada das tecnologias. Por muito tempo as escolas e espaços educativos realizaram debates e reflexões sobre o impacto das tecnologias no processo de ensino-aprendizagem, porém o ingresso das mesmas foi inevitável. Inicialmente foi necessário entender a realidade e explicitar a potencial contribuição das tecnologias de informação e comunicação (TIC) para as escolas e a comunidade escolar brasileira.

Esses debates foram realizados entre os anos de 2000 e 2010 e identificaram a fragilidade estrutural da educação frente ao uso das tecnologias, especialmente na escola de educação básica pública brasileira. De acordo com o IBOPE Inteligência para o Comitê Gestor da Internet no Brasil em 2010, todas as escolas da zona urbana brasileira possuíam pelo menos um computador. Entretanto, apenas 88% das escolas tinham computador nos espaços da coordenação e 81% nos laboratórios de informática sendo que em, apenas 38% delas disponibilizavam acesso aos alunos na biblioteca e somente 4% na sala de aula.

Referências bibliográficas

BRASIL. INEP. Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira. Mapa do Analfabetismo no Brasil. Disponível em: <http://portal.inep.gov.br/documents/186968/485745/Mapa+do+analfabetismo+no+Brasil/a53ac9ee-c0c0-4727-b216-035c65c45e1b?version=1.3>. Acesso em: 24 dez. 2020.

BRASIL, Fundo das Nações Unidas para a infância (UNICEF). Campanha Nacional pelo Direito à Educação. Fora da escola não pode. Disponível em: <<http://www.foradaescolanaopode.org.br/sobre-este-site>>. Acesso em: 29 dez. 2020.

BRASIL, Constituição Federal de 1988. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. Ações afirmativas. 3. ed. São Paulo: LTr, 2014. Disponível em: <<https://www.scielo.br/pdf/ep/v45/1517-9702-ep-45-e184961.pdf>>. Acesso em: 15 dez. 2020.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro: Campus, 1992. Disponível em: < <https://www.scielo.br/pdf/ep/v45/1517-9702-ep-45-e184961.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2020.

BIANCHETTI, L. Da chave de fenda ao laptop. Tecnologia digital e novas qualificações: desafios à educação. Florianópolis: Vozes Ltda, 2001. Disponível em: < <http://siaibib01.univali.br/pdf/Suenia%20Izabel%20Lino%20Molin.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2020.

CANDAU, Vera Maria et al. Oficinas pedagógicas de direitos humanos. 2ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 1995.

CURSINO, André Geraldo. Contribuições das tecnologias para uma aprendizagem significativa e o desenvolvimento de projetos no ensino fundamental. Lorena, São

Paulo, 2017. Universidade de São Paulo. Disponível em: < https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/97/97138/tde-2111201_142801/publico/PED17010_O.pdf. Acesso em: 05 dez. 2020.

DUARTE, Clarice Seixas. A educação como um direito fundamental de natureza social. *Educação & Sociedade*, Campinas, v. 28, n. 100, out. 2007.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Censo demográfico, resultados preliminares – São Paulo. Rio de Janeiro:, IBGE, vol. 1, n 4. Disponível em: < <https://projetoacademico.com.br/como-citar-ibge-em-trabalho>. Acesso em: 05 dez. 2020.

IBOPE. Inteligência para o comitê gestor da internet. Brasília, 2015. Disponível em: < <https://www.ibopeinteligencia.com/noticias-e-pesquisas/ibope-inteligencia-realiza-para-o-cgibr-as-pesquisas-tic-domicilios-e-tic-kids-online-2018>. Acesso em: 16 set. 2020.

KENSKI, V.M. Educação e tecnologia: o novo ritmo da informação. Campinas / São Paulo: Papyrus, 2007. Disponível em: < <http://siaibib01.univali.br/pdf/Suenia%20Izabel%20Lino%20Molin.pdf>. > Acesso em: 15 dez. 2020.

MACHADO, Ivja Neves Rabelo. A eficácia dos direitos sociais. 2014. Disponível em: < <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/42267/a-eficacia-dos-direitos-sociais>.> Acesso em: 19 dez. 2020.

PEIXOTO, Madalena Guasco. A pandemia e o direito à educação: não só existe uma pobreza imensa no Brasil, como está diretamente ligada, numa relação simbiótica e recíproca, à realidade educacional. 2020. Disponível em:< <https://www.cartacapital.com.br/opiniaao/a-pandemia-e-o-direito-a-educacao/>.> Acesso em: 18 dez. 2020.

PNUD. Dados em Educação. Síntese 2019. Disponível em: <https://www.br.undp.org/>. Acesso em: 31 dez. 2020.

QUEIROZ, Daniela Moura. Educação como direito fundamental de natureza social. Observatório da Comunicação Pública da Ciência. Disponível em: <<https://rbeducacaobasica.com.br/educacao-como-direito-fundamental-de-natureza-social/>. >Acesso em: 14 dez. 2020.

SANTOS, Émina. A educação como direito social e a escola como espaço protetivo e a escola como espaço protetivo de direitos: uma análise à luz da legislação educacional brasileira. Disponível em: <<https://www.scielo.br/pdf/ep/v45/1517-9702-ep-45-e184961.pdf>. > Acesso em: 15 dez. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. O direito fundamental à moradia na constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*. Salvador, n. 20, dezembro/janeiro/fevereiro 2009/2010. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-20-DEZEMBRO-2009-INGO-SARLET.pdf>. > Acesso em: 19 dez. 2020.

WENCZENOVICZ, Thais Janaina. Ensino a distância, dificuldades presenciais: perspectivas em tempos de COVID-19. *Revista Ibero Americana de Estudos na Educação*., Araranquara, v. 15, n. 4, p. 1750-1768, out./dez. 2020. Disponível em: <<https://periodicos.fclar.unesp.br/iberoamericana>>. Acesso em: 13 set. 2020.

Cadeias produtivas de alimentos e sustentabilidade: interfaces entre global e local

Food Productive Chains and sustainability: interfaces between global and local

Janaina Rigo Santin¹

Anna Gabert Nascimento²

Sumário: 1. Cadeias produtivas de alimentos e uso de novas tecnologias no campo; 2. Cadeias produtivas curtas, agricultura familiar e povos tradicionais; Referências bibliográficas.

Resumo: A temática desta pesquisa aborda a relação entre a crise global de alimentos, o desenvolvimento de um meio ambiente sustentável e a (in) eficiência das cadeias produtivas amplas de alimentos. Para aumentar o fornecimento de alimentos em âmbito mundial, governos e produtores passaram adotar práticas de industrialização da agricultura, com vistas a desenvolver uma cultura de exportação e importação de produtos alimentícios. Entretanto, tais práticas podem danificar o meio ambiente e, mesmo assim, e não serem suficientes em relação aos anseios de sanar a fome mundial. Desta forma, a presente pesquisa busca analisar, sob um enfoque da sustentabilidade, as relações problemáticas entre a alta industrialização da agricultura e da pecuária, sobretudo em relação a países onde há uma grande incidência de fome e desnutrição, e os reflexos de tais práticas no meio ambiente, evidenciados por consequências danosas como queimadas, desflorestamento, poluição de rios, morte de espécies polinizadoras e aquecimento global. A partir do método hipotético-dedutivo, objetiva-se evidenciar alguns dos problemas gerados pela produção de mantimentos em larga escala, visando exportações, sem valorizar as necessidades locais e a sustentabilidade. Ademais, buscar-se-á apontar de uma forma analítica alguns aspectos benéficos em relação às cadeias curtas de produção e sua relação com a sustentabilidade ambiental e social.

Palavras-chave: Agroindústria; Crise de Alimentos; Produção Sustentável; Poder Local.

Abstract: This research is about the relationship between the global food crisis, sustainable development and the (in) efficiency of broad food production chains. In order to increase the supply of food worldwide, governments and producers began to adopt agricultural industrialization practices, with a view to developing a culture of export and import of food products. However, such practices can damage the environment and, even so, and are not enough in relation to the desire to cure world hunger. In this way, the present research seeks to analyse the problematic relations between the high agriculture and livestock industrialization, especially in relation to countries where there is a high incidence of hunger and malnutrition, and the reflexes of such practices in the environment, evidenced by harmful consequences such as burning, deforestation, river pollution, death of pollinating species and global warming. Based on the hypothetical-deductive method, the objective is to highlight some of the problems generated by the production of groceries on a large scale, aiming at exports, without valuing local needs and sustainability. In addition, we will seek to point out in an analytical way some beneficial aspects in relation to short production chains and their relationship with environmental and social sustainability.

Keywords: Agribusiness; Crisis of foods; Sustainable Production; Local Power.

1 Professora Doutora de Direito Urbanístico e das Obrigações da Universidade de Passo Fundo, Rio Grande do Sul, Brasil. Pós-doutorado em Direito pela Universidade de Lisboa (Bolsa CAPES). Doutora em Direito Universidade Federal do Paraná, Brasil. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, Brasil. Advogada e docente permanente do Mestrado em Direito e do Doutorado em História da UPF. Professora de Direito Administrativo da Universidade de Caxias do Sul, Brasil. Professora Visitante do Mestrado em Direito da Universidade Agostinho Neto, em Luanda, Angola. Email: janainars@upf.br

2 Graduanda em Direito pela Universidade de Passo Fundo. Pesquisadora e membro do Grupo de Pesquisa Relações Sociais e Dimensões do Poder, cadastrado na base de dados do CNPq e vinculado ao Mestrado em Direito da Universidade de Passo Fundo. Bolsista PROBIC/FAPERGS. E-mail: 171415@upf.br.

1. Cadeias produtivas de alimentos e uso de novas tecnologias no campo:

Segundo relatório da ONU, em 2019, 113 milhões de pessoas passavam fome no mundo³, dado este que deverá ter se multiplicado exponencialmente em 2020, em face à proporção da crise instaurada pela pandemia da Covid-19 (Sars-cov-2). Destarte, avaliar uma conjuntura que alie uma cadeia produtiva capaz de cultivar alimentos de forma a abastecer toda a população e, além disso, trazer renda para o país a partir da exportação das commodities, sem que essa produção em massa afete o ambiente passa a ser um desafio ainda maior para governos e sociedades de todo o planeta. Como conjugar uma produção de alimentos que seja capaz de combater a fome no mundo com a necessidade de preservação do meio ambiente como um todo?

Como solução prevalecem discursos no sentido de que, para superar a fome, seria necessária uma regressão nas políticas em relação ao meio ambiente.⁴ Ou seja, para fazer frente ao crescimento mundial da população⁵, governos e produtores precisariam adotar estratégias de industrialização do agronegócio e uma cultura de exportação e importação de produtos alimentícios, em longas cadeias de produção.⁶ Para atingir essa produção em massa seriam utilizadas sementes transgênicas, defensivos agrícolas e fertilizantes não naturais, as chamadas novas tecnologias do agronegócio, as quais apesar de aumentar a produção e a rentabilidade no campo, são prejudiciais ao meio ambiente.

Josué de Castro,⁷ relata que a questão do enfrentamento da fome no Brasil se deu a partir de análises da desnutrição causada pela seca do nordeste, quando no limiar da década de 1960 adotou-se políticas para o combate à extrema pobreza a partir da expansão da industrialização da agricultura, deixando para pequenos produtores apenas a agricultura manufatureira.⁸ Sendo assim, massificaram-se práticas produtivas de uma forma desenfreada mesmo em regiões onde a fome não era tão presente, como no Rio Grande do Sul, sem que houvesse preocupação com questões ambientais e de saúde pública. Logo, o que se percebe é que, embora o objetivo fosse aumentar o volume da produção para fazer frente à fome e à desnutrição dos indivíduos, em verdade, o objetivo do lucro individual dos produtores

3 ONU. Organização das Nações Unidas. Fome atinge mais de 820 milhões de pessoas no mundo. 15 jul. 2019. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2019/07/1680101>. Acesso em: 8 nov. 2020.

4 EMERIQUE, Lílian Balmant. "Reflexões sobre pobreza e ecologia social", in Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo, v. 20, n. 78, jan./mar. 2012, p. 273-307. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/32290>.

5 Segundo relatório da ONU, em 2050, a população mundial atingirá a marca de 9,7 bilhões de pessoas. G1. População mundial chegará a 9,7 bilhões em 2050, prevê ONU. Disponível em: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2019/06/18/populacao-mundial-chegara-a-97-bilhoes-em-2050-preve-onu.ghtml>. Acesso em: Set de 2020. Malthus, em sua teoria populacional, descreve que, enquanto há o crescimento do número de pessoas em "progressão geométrica", a produção de alimentos se dá por forma "aritmética". MALTHUS, T. Ensaios sobre a população. São Paulo: Abril, 1982. p.282.

6 BELIK, Walter. Agroindústria processadora e política econômica. Tese (doutorado) - Universidade Estadual de Campinas, Instituto de Economia, Campinas, SP. 1992. 226f. Disponível em: <http://www.repositorio.unicamp.br/handle/REPOSIP/286545>. Acesso em: Set de 2020.

7 CASTRO, Josué de. Geografia da Fome: o dilema brasileiro, Pão ou Aço. Rio de Janeiro: Antares, 1984.

8 OLIVEIRA, Silvana P. de; THEBAUD-MONY, Annie. "Estudo do consumo alimentar: em busca de uma abordagem multidisciplinar", in Rev. Saúde Pública, São Paulo, v. 31, n. 2, abr./1997, p. 201-208. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89101997000200015&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 08 nov. 2020. <http://dx.doi.org/10.1590/S0034-89101997000200015>.

colocou-se à frente de interesses da população, direcionando a produção agrícola para exportação. Isso ocorreu no Brasil e em vários países do sul, produtores e exportadores de commodities em âmbito mundial.⁹

Para se obter uma safra capaz de gerar uma extensa produção voltada à exportação, foi necessário mudar as formas de produção tradicionais. A partir da chamada Revolução Verde¹⁰, os produtores adotaram sementes transgênicas, acompanhadas de um aumento do uso de substâncias agrotóxicas nas suas cadeias de produção. Em um relatório desenvolvido pela ABRASCO (Associação Brasileira de Saúde Coletiva),¹¹ apontou-se que o Brasil foi o maior consumidor de agrotóxicos no mundo em 2008. Esta posição deve ser vista com grande preocupação por todos, em face das consequências ao meio ambiente causadas por uma agricultura que aplica técnicas cada vez mais industrializadas, mas que não expande com a mesma rapidez o controle sobre a sustentabilidade no manuseio de tais técnicas.

Esta agricultura voltada à superprodução de certos produtos é definida por Gliessmann sob os seguintes aspectos: monocultura, degradação do campo de produção, adubos advindos da indústria química, irrigação, transgenia e agrotóxicos.¹² Estas formas de cultivo, por mais que gerem grandes safras no presente, trazem prejudicialidade para as safras que estão por vir,¹³ além de causar graves problemas ambientais a longo prazo, como a devastação da fauna e flora, a poluição de rios, de nascentes, afluentes e fontes aquíferas¹⁴ Rachel Carson destaca que todos os indivíduos são passíveis de estarem em convívio mediato ou imediato com agrotóxicos, o que é um risco não só ao meio ambiente, mas também em relação ao bem-estar da vida humana, visto que os agrotóxicos “destroem as próprias enzimas, cuja a função consiste em proteger o corpo contra danos; eles impedem os processos de oxidação de que o corpo recebe sua energia; opõem obstáculos para impedir o funcionamento normal de vários organismos.” Podem desencadear desde pequenas doenças, como alergias, até grandes patologias como o câncer, que podem levar à morte.¹⁵

No entanto, apesar de todos estes riscos, alguns países, como o Brasil, mantêm esta maneira de produção com vistas a realizar grandes exportações aos países de primeiro mundo,¹⁶ contaminando seu próprio ambiente. Ao assim proceder,

9 OLIVEIRA, Silvana P. de; THEBAUD-MONY, Annie. “Estudo do consumo alimentar: em busca de uma abordagem multidisciplinar”, ob.cit.

10 MARTINELLI, Suellen Secchi; CAVALLI, Suzi Barletto. Alimentação saudável e sustentável: uma revisão narrativa sobre desafios e perspectivas. *Ciênc. saúde coletiva*, Rio de Janeiro, v. 24, n. 11, p.4251-4262, nov./2019. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232019001104251&lng=pt&nrm=iso>. Acessos em 08 nov. 2020. Epub 28-Out-2019. <http://dx.doi.org/10.1590/1413-812320182411.30572017>.

11 ABRASCO. Dossiê Abrasco: Um alerta sobre os impactos dos agrotóxicos na saúde. São Paulo: Expressão Popular, 2015. Disponível em: http://www.abrasco.org.br/dossieagrototoxicos/wp-content/uploads/2013/10/DossieAbrasco_2015_web.pdf Acesso em: Set de 2020. p.49.

12 GLIESSMANN, Sthephen R. Agroecologia: processos ecológicos em agricultura sustentável. Porto Alegre: Ed. UFRGS, 2000. p.34

13 GLIESSMANN, Sthephen R. Agroecologia: processos ecológicos em agricultura sustentável, ob.cit., p.40

14 MORIN, E. A via para o futuro da humanidade. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2013. p.269.

15 CARSON, Rachel. Primavera Silenciosa. 2 ed. Tradução de Raul de Polillo. São Paulo: Melhoramentos, 1969. p.25-26. Nesse sentido, algumas pesquisas já comprovam que há uma porcentagem considerável de comorbidades causadas por defensivos agrícolas e sementes geneticamente modificadas. Ver JUNGES, J.R. (Bio)ética ambiental. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2010. p.57.

16 MIRANDA, Ary Carvalho de et al. “Neoliberalismo, uso de agrotóxicos e a crise da soberania alimentar no Brasil”. *Ciênc. saúde coletiva*, Rio de Janeiro, v. 12, n. 1, mar. 2007, p. 7-14. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232007000100002&lng=en&nrm=iso. Acesso em: Ago de 2020.

prejudicam seu mercado interno, que sofre com problemas de estoque e dependência de cadeias produtivas externas. Embora possuam uma extensa cadeia de produção agrícola para atender com a monocultura as demandas do mercado externo, precisam importar produtos básicos à sua população, os quais não estão dentro do rol de especialidades da agroindústria nacional.¹⁷

A partir dessa perspectiva da globalização das cadeias produtivas e mercados internacionais, convivem paralelamente paradigmas aparentemente contraditórios: conciliar balança comercial favorável e crescimento econômico advindo da exportação de produtos primários com as necessidades nutricionais de seu mercado interno e a preservação do meio ambiente¹⁸ Para tanto, aAltieri defende adoção de quatro ciclos produtivos: “eliminação progressiva de insumos, uso eficaz de insumos, substituição de insumos e por último replanejamento do sistema.”¹⁹ Uma grande mudança e adaptação no setor primário brasileiro, a fim de utilizar técnicas de produção mais sustentáveis. É o que será visto a seguir.

2. Cadeias produtivas curtas, agricultura familiar e povos tradicionais

Mesmo com diversas questões que envolvem fome e devastação de meios naturais, o agronegócio ainda é um dos setores mais fortalecidos no Brasil, com fortes programas governamentais de financiamento e facilitação de plantio.²⁰ No entanto, paradoxalmente, a questão da fome ainda é objeto de altas estatísticas tanto no país como em todo o mundo.

Freitas cita que “todo e qualquer desenvolvimento que se tornar, em longo prazo negador da dignidade dos seres vivos em geral, ainda que pague elevados tributos, será tido como insustentável.”²¹ A partir desta perspectiva, coloca-se em evidência a questão da busca por soluções que equilibrem uma produção capaz de sanar a questão da desnutrição e, ao mesmo tempo, primar pela sustentabilidade socioambiental. Nesse contexto, o retorno às origens é necessário, a partir da promoção de “sistemas agrícolas auto-sustentáveis”.²² Junges relata que, dentro do estudo biocêntrico, há a definição de obrigações quanto ao meio ambiente, trazendo este sistema como sujeito de direitos.²³

E se o cenário mundial já era de grande pobreza, fome, miséria e desigualdade, houve um expressivo aumento destes problemas em virtude da crise da Covid-19. Um estudo publicado pelo IICA (Instituto Interamericano de Cooperação para a Agricultura)²⁴ revela que, para conter questões de escassez de alimentos na América

17 ABRAMOVAY, Ricardo. O que é Fome? São Paulo: Brasiliense, 1983.

18 CONCEIÇÃO, Júnia Cristina Peres; CONCEIÇÃO, Pedro Henrique Zuchi. Agricultura: evolução e importância para a balança comercial brasileira. Rio de Janeiro: IPEA, 1990.

19 ALTIERI, Miguel. Agroecologia a dinâmica produtiva da agricultura sustentável. 4.ed. Porto Alegre, Editora UFRGS, 2004. p.65

20 G1. Brasil terá safra recorde de 278,7 mil toneladas em 2020/21 puxada por soja e milho diz Conab. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/agronegocios/noticia/2020/08/25/brasil-tera-safra-recorde-de-2787-mil-toneladas-em-202021-puxada-por-soja-e-milho-diz-conab.ghtml> Acesso em: Out de 2020.

21 FREITAS, Juarez. Sustentabilidade: direito ao futuro, ob.cit., p.50.

22 ALTIERI, Miguel. Agroecologia a dinâmica produtiva da agricultura sustentável, ob.cit., p.65

23 JUNGES, J.R. (Bio)ética ambiental, ob.cit, p.21.

24 IICA. 2020. Disponível em: <https://iica.int/pt/prensa/noticias/covid-19-afeta-agricultores-familiares-e-vai-repercutir-na-oferta-de-alimentos>. Acesso em: Set de 2020.

Latina em um cenário pós pandemia, serão necessários investimentos em cadeias curtas de produção. Tais cadeias, além de garantir o abastecimento dos países internamente, podem aquecer a economia interna, reduzir a agressão à saúde humana e, principalmente, preservar os ecossistemas²⁵.

Uma das formas de atingir um consumo alimentar sustentável é a ampliação da agricultura familiar, voltada às demandas do mercado interno. Nesse modo produtivo “a gestão, a propriedade e a maior parte do trabalho, vêm de indivíduos que mantêm entre si laços de sangue ou de casamento.”²⁶ Trata-se de uma forma de produção que não é totalmente colonial, mas também não é baseada em grandes produções de lucros, a qual opera sob pequenas áreas de cultivo, visando produzir mantimentos para seu próprio sustento ou para fornecimento comercial.²⁷

No Brasil, há vários exemplos de feiras livres²⁸ promovidas por pequenos produtores rurais, que trazem à população alimentos ricos em teor nutricional e com uma porcentagem irrisória de agressão ao meio ambiente, por serem produções orgânicas, as quais não se utilizam de pesticidas sintéticos para a produção. Desta forma, as populações mais vulneráveis passam a ter acesso a um alimento de valor nutricional elevado e livre de agrotóxicos, o que pode prevenir a ocorrência de muitas doenças, além de não poluir o meio ambiente. Outro caso emblemático e digno de destaque é o cenário de Cuba, já que, após o período da Guerra Fria, passou a enfrentar um embargo econômico imposto pelos países capitalistas. Esse problema foi agravado com a extinção da União Soviética e, como solução, Cuba passou a buscar soluções internas para que sua população não enfrentasse uma ainda maior crise. O país teve de adequar seus modos de produção, reinventando-se, aplicando técnicas de cultivo próprias, baseadas no plantio de alimentos básicos em todo o território nacional, até mesmo em praças e logradouros públicos.²⁹ Trata-se de um exemplo de produção sustentável, já que os cubanos utilizam produtos naturais e fabricados pelas suas próprias universidades, no intuito de gerar uma larga produção interna. Uma forma de agricultura orgânica, a qual se baseia na não aplicação de “fertilizantes e agrotóxicos sintéticos.”³⁰ E para contenção de pragas e fortalecimento das lavouras, os cubanos realizaram pesquisas para que, a partir de matéria prima básica e de conhecimento natural, fomentem seu mercado interno de produtos alimentícios. Assim, com alimentos de subsistência voltados apenas para o consumo

25 BUENO, Chris. Crise impulsionou criação de modelo sustentável na agricultura de Cuba. Cienc. Cult., São Paulo, v. 67, n. 2, p. 14-16, junho/2015. Disponível em: http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0009-67252015000200007 Acesso em: Ago de 2020.

26 ABRAMOVAY, Ricardo. “Agricultura familiar e serviço público: novos desafios para a extensão rural”, in Cadernos de Ciência & Tecnologia, Brasília, v.15, n.1, jan./abr. 1998, p.137-157.

27 SCHNEIDER, Sergio; CASSOL, Abel. Diversidade e heterogeneidade da agricultura familiar no Brasil e implicações para políticas públicas. In: DELGADO, Guilherme Costa; BERGAMASCO, Sonia Maria Pessoa Pereira(org). Agricultura Familiar brasileira: desafios e perspectivas para o futuro. Brasília: Ministério do Desenvolvimento Agrário. 2017. p.91.

28 Godoy e Anjos referem que “as feiras livres constituem-se de uma intrincada teia de relações que configuram um diversificado conjunto de ocupações, fluxos, mercadorias e relações sociais, caracterizando-se primordialmente como uma atividade de trabalho informal essencialmente familiar.” GODOY, Wilson Itamar; ANJOS, Flávio Sacco dos. A importância das feiras livres ecológicas: um espaço de trocas e saberes da economia local. Rev. Bras. Agroecologia, v.2, n.1, fev. 2007. p.365.

29 BUENO, Chris. “Crise impulsionou criação de modelo sustentável na agricultura de Cuba”, ob.cit.

30 ALTIERI, Miguel. Agroecologia a dinâmica produtiva da agricultura sustentável, ob.cit, p.74.

interno, questões como a fome foram amenizadas no país.³¹ Ademais, a produção voltada à agricultura familiar e sob a égide de conhecimentos tradicionais inibe o uso de agrotóxicos e de sementes transgênicas, os quais, para além de questões ambientais, podem causar mutações ao corpo humano.

Pesquisas apontam que, principalmente em países considerados subalternos, a implementação de uma agricultura orgânica é benéfica à população por vários fatores. Um deles é a não industrialização e a correta absorção de nutrientes pelos indivíduos, já que em produções destinadas à agroindústria, os processos para que os alimentos fiquem prontos para o consumo acabam por retirar substâncias essenciais ao bom funcionamento do corpo humano, substituindo-as por matérias de baixo teor nutricional, as quais contam com gorduras saturadas e que prejudicam a saúde como um todo.³²

Por sua vez, dentro de perspectivas de produção sustentável pode-se identificar a bioeconomia, ou “economia pautada nos recursos biológicos”.³³ Este viés traz à tona a inserção de povos tradicionais como referência de conhecimento e de cultivo de práticas sustentáveis na produção de alimentos.³⁴ Valorizar conhecimento de povos tradicionais³⁵ é uma possível solução tanto para a perda da biodiversidade causada pela monocultura e uso de agrotóxicos, bem como para o enfrentamento da fome. Moreira refere que os povos tradicionais, em essência e através de sua cultura, possuem suas vidas em conexão com a natureza, com uma vasta identificação de técnicas e capacidade de formação de cenários de produção sustentável.³⁶

No Brasil, apesar do problema histórico de valorização da sociedade em relação a estes sujeitos, em 1992 ratificou a Convenção da Diversidade Biológica, com vistas a proteger a biodiversidade e os conhecimentos tradicionais advindos da relação secular entre as populações tradicionais e a natureza.³⁷ Dentre seus objetivos está uma repartição justa dos lucros entre os exploradores e os povos detentores conhecimentos tradicionais. No entanto, na prática, o patenteamento dos conhecimentos milenares dos povos tradicionais traz um grande problema, pois acaba por garantir aos

31 BUENO, Chris. “Crise impulsionou criação de modelo sustentável na agricultura de Cuba”, ob.cit.

32 MCSWANE, David. Seguridad de los alimentos. In: FRUMKIN, H. (Org). Salud Ambiental de lo global a lo Local. Washington D.C.: Organización Panamericana de la Salud. 2010. p. 633-682.

33 Informação verbal fornecida por Moreira durante o I Seminário Nacional de Direito e Biodiversidade: Década da biodiversidade 2011-2020: balanço e perspectivas, Caxias do Sul, 2020.

34 SILVA, Marina Osmarina. “Saíndo da invisibilidade – a política nacional de povos e comunidades tradicionais”, in Inclusão Social, Brasília, v. 2, n. 2, abr./set. 2007, p. 7-9.

35 Em relação a conhecimentos tradicionais, Andrade define como “informações de comunidades indígenas ou de comunidades locais que apresentam valor real ou potencial associado ao patrimônio genético.” ANDRADE, Priscila Pereira. “Biodiversidade e conhecimentos tradicionais”, in Prismas: Dir., Pol. Pub. e Mundial., Brasília, v. 3, n. 1, jan./jun. 2006, p. 03-32.

36 Sobre povos tradicionais é relevante destacar como Angola, país do continente africano, destaca-se no respeito à cultura e tradição de seu povo, reconhecendo como órgão do Poder Local as autoridades tradicionais, cujo direito consuetudinário tem prioridade sobre o direito estatal. Para maior aprofundamento ver: SANTIN, Janaína Rigo; TEIXEIRA, Carlos. “Poder Local e Autoridades Tradicionais em Angola: desafios e oportunidades”, in Seqüência (Florianópolis), n. 85, ago. 2020, p. 135-172. <http://doi.org/10.5007/2177-7055.2020v41n85p135>

37 CONVENÇÃO SOBRE DIVERSIDADE BIOLÓGICA, 1992. Disponível em: <https://www.mma.gov.br/informma/item/7513-convencao-sobre-diversidade-biologica-cdb> Acesso em: Set de 2020. Sobre conflitos indígenas e políticas de governo inadequadas, que fizeram distribuíram terras indígenas a colonos imigrantes europeus como se fossem terras devolutas, veja-se: SANTIN, Janaína Rigo; ARENHART, Karina Roberta. “Relações de Poder e Conflitos Agrários: demarcação da área indígena de Serrinha, no Rio Grande do Sul, Brasil”. RJLB, Ano 5, n. 1, 2019, p. 1025-1058. Disponível em: http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/1/2019_01_1025_1058.pdf. Acesso em 08 nov. 2020.

representantes das empresas a propriedade intelectual por aquele conhecimento, agora de uso exclusivo de seu proprietário. Por sua vez, na prática a repartição dos lucros com os povos tradicionais ou não ocorrem, pela dificuldade de singularizar a titularidade deste conhecimento, ou são insuficientes. Esta dissemelhança pode ser identificada pela baixa e irrisória participação nos lucros dos povos tradicionais em relação a alguns contratos de exploração de patentes de conhecimento tradicional. Assim, é possível identificar que essa exploração dos conhecimentos tradicionais pela indústria, em especial a farmacêutica, necessita de uma extensa fiscalização por parte do poder público, já que, em alguns casos, adentra circuitos que antes eram ligados estritamente ao domínio dos povos tradicionais, baseados em uma conexão entre homem e a natureza.³⁸

Destaca-se que estes povos possuem um extenso e histórico emprego de práticas sustentáveis de cultivo de alimentos, já que se utilizam de sementes ditas crioulas e de defensivos naturais.³⁹ Nesse sentido, é necessária a adoção de ações em relação ao “reconhecimento do valor das tradições e práticas sustentáveis dos povos tradicionais caminha junto com a conservação dos recursos naturais que lhe dão origem.”⁴⁰

Moreira entende que é preciso adotar uma “bioeconomia da vida,”⁴¹ onde o crescimento econômico e a maximização da produção não pode negligenciar a vida dos cidadãos, independentemente da posição social em que ocupam. O meio ambiente e a existência humana são responsabilidade de todos, devendo ser adotadas práticas capazes de aliar redução da miséria sem agredir aos direitos da natureza.

A próxima década reservará ainda maiores desafios à produção e ao desenvolvimento sustentável. Um deles será implementar práticas que elevem, incentivem e priorizem o cultivo de alimentos a partir da adoção de soluções locais, voltadas aos problemas sociais de cada país. Para isso, é necessário que haja um planejamento capaz de incluir e valorizar cada vez mais cadeias curtas de produção, por intermédio de agricultores familiares, bem como incentivar o emprego de técnicas orgânicas de agroecologia e, em especial, pela valorização da cultura, do conhecimento e da relação dos povos tradicionais com a natureza.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ABRAMOVAY, Ricardo. “Agricultura familiar e serviço público: novos desafios para a extensão rural”, in *Cadernos de Ciência & Tecnologia*, Brasília, v.15, n.1, jan./abr. 1998, p.137-157.

ABRAMOVAY, Ricardo. *O que é Fome?* São Paulo: Brasiliense, 1983.

38 LOUREIRO, Carlos Frederico B. “Contribuições teórico-metodológicas para a educação ambiental com povos tradicionais”, in *Ensino, Saúde e Ambiente – Número Especial*, junho/2020, pp. 131-144.

39 LOUREIRO, Carlos Frederico B. “Contribuições teórico-metodológicas para a educação ambiental com povos tradicionais”, *ob.cit.*

40 ELOY, C. C. et.al. “Apropriação e proteção dos conhecimentos tradicionais no Brasil: a conservação da biodiversidade e os direitos das populações tradicionais”, in *Gaia Scientia*, v. 8, n. 2, 8 jan. 2015. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/ojs2/index.php/gaia/article/view/22587>. Acesso em 08 nov. 2020.

41 Informação verbal fornecida por Moreira durante o I Seminário Nacional de Direito e Biodiversidade: Década da biodiversidade 2011-2020: balanço e perspectivas, Caxias do Sul, 2020.

ABRASCO. Dossiê Abrasco: Um alerta sobre os impactos dos agrotóxicos na saúde. São Paulo: Expressão Popular, 2015. Disponível em: http://www.abrasco.org.br/dossieagrotoxicos/wp-content/uploads/2013/10/DossieAbrasco_2015_web.pdf Acesso em: Set de 2020.

ALTIERI, Miguel. Agroecologia a dinâmica produtiva da agricultura sustentável. 4.ed. Porto Alegre, Editora UFRGS, 2004.

ANDRADE, Priscila Pereira. “Biodiversidade e conhecimentos tradicionais”, in Prismas: Dir., Pol. Pub. e Mundial., Brasília, v. 3, n. 1, jan./jun. 2006, p. 03-32.

BELIK, Walter. Agroindústria processadora e política econômica. Tese (doutorado) - Universidade Estadual de Campinas, Instituto de Economia, Campinas, SP. 1992. 226f. Disponível em: <http://www.repositorio.unicamp.br/handle/REPOSIP/286545> . Acesso em: Set de 2020.

BUENO, Chris. “Crise impulsionou criação de modelo sustentável na agricultura de Cuba”, in Cienc. Cult., São Paulo, v. 67, n. 2, junho/2015, p. 14-16.

CARSON, Rachel. Primavera Silenciosa. 2 ed. Tradução de Raul de Polillo. São Paulo: Melhoramentos, 1969.

CASTRO, Josué de. Geografia da Fome: o dilema brasileiro, Pão ou Aço. Rio de Janeiro: Antares, 1984.

CONCEIÇÃO, Júnia Cristina Peres; CONCEIÇÃO, Pedro Henrique Zuchi. Agricultura: evolução e importância para a balança comercial brasileira. Rio de Janeiro: IPEA, 1990.

CONVENÇÃO SOBRE DIVERSIDADE BIOLÓGICA, 1992. Disponível em: <https://www.mma.gov.br/informma/item/7513-convencao-sobre-diversidade-biologica-cdb> Acesso em: Set de 2020.

ELOY, C. C. et.al. “Apropriação e proteção dos conhecimentos tradicionais no Brasil: a conservação da biodiversidade e os direitos das populações tradicionais”, in Gaia Scientia, v. 8, n. 2, 8 jan. 2015.

EMERIQUE, Lílian Balmant. “Reflexões sobre pobreza e ecologia social”, in Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo, v. 20, n. 78, jan./mar. 2012, p. 273-307. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/32290>.

FREITAS, Juarez. Sustentabilidade: direito ao futuro. 3 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p.138.

G1. Brasil terá safra recorde de 278,7 mil toneladas em 2020/21 puxada por soja e milho diz Conab. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/agronegocios/noticia/2020/08/25/brasil-tera-safra-recorde-de-2787-mi-toneladas-em-202021-puxada-por-soja-e-milho-diz-conab.ghtml> Acesso em: Out de 2020.

G1. População mundial chegará a 9,7 bilhões em 2050, prevê ONU. Disponível em: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2019/06/18/populacao-mundial-chegara-a-97-bilhoes-em-2050-preve-onu.ghtml>. Acesso em: Set de 2020.

GLIESSMANN, Stephen R. Agroecologia: processos ecológicos em agricultura sustentável. Porto Alegre: Ed. UFRGS, 2000.

GODOY, Wilson Itamar; ANJOS, Flávio Sacco dos. “A importância das feiras livres ecológicas: um espaço de trocas e saberes da economia local”, in Rev. Bras. Agroecologia, v.2, n.1, fev. 2007.

IICA. 2020. Disponível em: <https://iica.int/pt/prensa/noticias/covid-19-afeta-agricultores-familiares-e-vai-repercutir-na-oferta-de-alimentos>. Acesso em: Set de 2020.

JUNGES, J.R. (Bio)ética ambiental. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2010.

LOUREIRO, Carlos Frederico B. “Contribuições teórico-metodológicas para a educação ambiental com povos tradicionais”, in Ensino, Saúde e Ambiente – Número Especial, junho/2020, pp. 131-144.

MALTHUS, T. Ensaio sobre a população. São Paulo: Abril, 1982.

MARTINELLI, Suellen Secchi; CAVALLI, Suzi Barletto. “Alimentação saudável e sustentável: uma revisão narrativa sobre desafios e perspectivas”, in Ciênc. saúde coletiva, Rio de Janeiro, v. 24, n. 11, nov./2019. , p.4251-4262. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232019001104251&lng=pt&nrm=iso>. Acessos em 08 nov.2020. Epub 28-Out-2019. <http://dx.doi.org/10.1590/1413-812320182411.30572017>.

MCSWANE, David. Seguridad de los alimentos. In: FRUMKIN, H. (Org). Salud Ambiental de lo global a lo Local. Washington D.C.: Organización Panamericana de la Salud. 2010. p. 633-682.

MIRANDA, Ary Carvalho de et al. “Neoliberalismo, uso de agrotóxicos e a crise da soberania alimentar no Brasil”, in Ciênc. saúde coletiva, Rio de Janeiro, v. 12, n. 1, mar. 2007, p. 7-14.

MORIN, E. A via para o futuro da humanidade. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2013.

OLIVEIRA, Silvana P. de; THEBAUD-MONY, Annie. “Estudo do consumo alimentar: em busca de uma abordagem multidisciplinar”, in Rev. Saúde Pública, São Paulo, v. 31, n. 2, abr./1997, p. 201-208.

ONU. Organização das Nações Unidas. Fome atinge mais de 820 milhões de pessoas no mundo. 15 jul. 2019. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2019/07/1680101>. Acesso em: 8 nov. 2020.

SANTIN, Janaína Rigo; ARENHART, Karina Roberta. “Relações de Poder e Conflitos Agrários: demarcação da área indígena de Serrinha, no Rio Grande do Sul, Brasil”. RJLB, Ano 5, n. 1, 2019, p. 1025-1058. Disponível em: http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/1/2019_01_1025_1058.pdf. Acesso em 08 nov. 2020.

SANTIN, Janaína Rigo; TEIXEIRA, Carlos. “Poder Local e Autoridades Tradicionais em Angola: desafios e oportunidades”, in Sequência (Florianópolis), n. 85, ago. 2020, p. 135-172. <http://doi.org/10.5007/2177-7055.2020v41n85p135>

SCHNEIDER, Sergio; CASSOL, Abel. Diversidade e heterogeneidade da agricultura familiar no Brasil e implicações para políticas públicas. In: DELGADO, Guilherme Costa; BERGAMASCO, Sonia Maria Pessoa Pereira(org). Agricultura Familiar brasileira: desafios e perspectivas para o futuro. Brasília: Ministério do Desenvolvimento Agrário, 2017.

SILVA, Marina Osmarina. “Saindo da invisibilidade – a política nacional de povos e comunidades tradicionais”, in Inclusão Social, Brasília, v. 2, n. 2, abr./set. 2007, p. 7-9.

O princípio da capacidade contributiva nas medidas fiscais da Covid-19: conveniência e momento de aplicação

The ability to pay in Covid 19's fiscal measures: convenience and application time

José Aníjar Frágoso Rei¹

Sumário: 1. Capacidade contributiva, igualdade e moralidade; 2. A capacidade contributiva no mundo globalizado; 3. A capacidade contributiva diante das respostas fiscais à crise provocada pela Pandemia de COVID-19; Considerações Finais.

Resumo: O presente trabalho tem por escopo analisar algumas das medidas fiscais praticadas durante a Pandemia de Covid-19 à luz do princípio da capacidade contributiva. Embora o referido princípio seja importante ao Estado Social, sua aplicação vinha perdendo força no mundo globalizado. Em razão da concorrência fiscal internacional, a tributação vinha se concentrando sobre os rendimentos do trabalho e do capital que não tende a se deslocar. No entanto, os graves efeitos econômicos e sociais provocados pela pandemia de Covid-19 fazem com o que os países adotem medidas de proteção dos empregos, das empresas e das famílias, com nítidas finalidades extrafiscais. A estrutura dos sistemas fiscais deve ser repensada, a fim de torná-los mais justos e compatíveis com as mudanças nas relações sociais e econômicas. Para fazer frente ao aumento de despesas sociais provocadas pela Pandemia e para retomar a sustentabilidade financeira dos países, devem ser buscadas receitas fiscais nos segmentos que apresentaram resultado positivo durante a crise e que ostentam maior capacidade econômica. De acordo com orientação da OCDE, tais medidas de ajuste devem ser tomadas apenas no pós-pandemia. Contudo, o prolongamento da Pandemia em uma segunda onda torna a crise mais longa e com efeitos imprecisos, ao mesmo tempo em que os recursos financeiros para apoiar a economia e minimizar os efeitos sociais vêm se esgotando. Por isso, é necessário introduzir medidas fiscais que já tragam algum incremento de receita pública e que incidam sobre lucros e patrimônios elevados, tais como a economia digital e as transações financeiras. A exemplo da contribuição extraordinária que o Estado português criou sobre os bancos, essas medidas se voltam a recompor a estrutura fiscal dos governos, ao mesmo tempo em que resgata valores caros ao Estado social, como a solidariedade e a capacidade contributiva na obtenção das receitas fiscais.

Palavras-chave: Capacidade contributiva; Pandemia; Medidas fiscais; OCDE;

Abstract: The present work aims to analyze some of the fiscal measures practiced during the Covid-19 Pandemic in the light of the principle of ability to pay. Although this principle is important to the welfare state, its application has been losing strength in the globalized world. Due to international tax competition, taxation has been concentrated on income from labor and capital that does not tend to move. However, the serious economic and social effects caused by the Covid-19 pandemic mean that countries have adopted measures to protect jobs, businesses and families, with clear extra-fiscal purposes. The structure of tax systems must be rethought in order to make them fairer and compatible with changes in social and economic relations. In order to face the increase in social expenditures caused by the Pandemic and to recover the financial sustainability, tax revenues should be sought in the sectors that showed a positive result during the crisis and that boast greater economic capacity. According to OECD guidance, such adjustment measures should only be taken in the post-pandemic. However, the prolongation of the Pandemic in a second wave makes the crisis longer and with imprecise effects, while the financial resources to support the economy and minimize the social effects have been running out. For this reason, it is necessary to introduce fiscal measures that already bring some increase in public revenue and that affect high profits and the wealth, such as the digital economy and financial transactions. Like the extraordinary contribution that the Portuguese State created over banks, these measures are aimed at restoring the fiscal structure of governments, while rescuing values of to the welfare state, such as solidarity and the ability to pay.

Keywords: Ability to pay; Pandemic; Fiscal measures; OECD

¹ Doutorando em Direito Fiscal pela Universidade de Lisboa. Mestre em Direito Tributário e Direitos Humanos pela Universidade Federal do Pará. Professor da Universidade da Amazônia (Belém-PA). Defensor Público do Estado do Pará. E-mail: jose_rei@hotmail.com

1. Capacidade contributiva e igualdade:

É inerente ao Estado moderno a extração de recursos da sociedade para o financiamento das suas mais diversas atuações e para a satisfação das necessidades públicas, sendo o tributo o principal componente da receita pública. Por força disso, aqueles que demonstrem determinado sinal de riqueza devem arcar com o financiamento dos serviços, prestações e demais demandas sociais abraçadas pelo Poder Público.

Para balizar esta equação entre a incidência fiscal e as desonerações tributárias, é de grande valia o princípio da capacidade contributiva, especificamente para verificar a justiça na aferição dos rendimentos, bens e de consumos tributados². Tanto é assim que, para João Ricardo Catarino³, a capacidade contributiva está umbilicalmente ligada à justiça social, atrelando-se à distribuição bens e dos encargos sociais que permeiam a relação entre direitos e deveres em determinado contexto social.

Em simples palavras, pode-se dizer que a capacidade contributiva informa que devem pagar tributos aqueles que possuem condições econômicas para tal, preservando também da tributação o mínimo existencial, em respeito à dignidade da pessoa humana⁴ e aos princípios do Estado Social⁵⁻⁶.

Afim à justiça fiscal, a capacidade contributiva é pautada por fatores econômicos, pelo que os contribuintes deverão pagar os tributos não em razão de questões pessoais, como religião, raça ou instrução, mas sim sob a ótica da possibilidade de suportar o seu ônus financeiro⁷, sob pena de configurar desigualdades e discriminações. Justamente, é a igualdade que fundamenta a capacidade contributiva, uma vez que propugna o combate às arbitrariedades⁸. Se determinado imposto operar fatores desequilibrados na apuração do montante devido e com medidas fiscais prejudiciais, estará violada a capacidade contributiva e, conseqüentemente, o princípio da igualdade.

Por isso, não se deve tolerar, em regra geral, que os contribuintes sofram

2 GUIMARÃES, Vasco Branco. Princípios gerais da fiscalidade IN: CATARINO, João Ricardo; GUIMARÃES, Vasco Branco. Lições de Fiscalidade: Volume I – Princípios gerais e fiscalidade interna. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2018. p. 113;117.

3 CATARINO, João Ricardo. Redistribuição tributária: estado social e escolha individual. Coimbra: Almedina, 2008. p. 44

4 TIPKE, Klaus; YAMASHITA, Douglas. Justiça Fiscal e princípio da capacidade contributiva. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 34.

5 Como bem leciona Klaus Tipke, a capacidade contributiva é o único princípio fundamental adequado a atender os direitos fundamentais das Constituições dos Estados Sociais, pois não pergunta o que o Estado fez para o cidadão, mas o que este último pode fazer para o Estado. (TIPKE, Klaus. Moral tributária do Estado e dos contribuintes. Tradução de Luiz Dória Furquim. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editores, 2012. P. 20)

6 Tanto é assim que Constituições de orientação nitidamente social abraçam a capacidade contributiva em seus textos. Nesse sentido, a Constituição da República Portuguesa de 1976, em seu art. 104º, 1, preceitua que “o imposto sobre o rendimento pessoal visa a diminuição das desigualdades e será único e progressivo, tendo em conta as necessidades e os rendimentos do agregado familiar. Já no Brasil, o art. 145, §1º, da Constituição Federal de 1988 arrola o princípio da capacidade contributiva como aquele que informa os impostos, com repercussão em todo o sistema tributário nacional.

7 CAMPOS, Diogo Leite. As garantias constitucionais dos contribuintes. IN: CATARINO, João Ricardo; GUIMARÃES, Vasco Branco. Lições de Fiscalidade: Volume I – Princípios gerais e fiscalidade interna. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2018. p. 127.

8 MOLINA, Pedro Manuel Herrera. Capacidad economica y sistema fiscal: analisis del ordenamiento español a la luz del derecho alemán. Madrid: Fundacion Oriol-Urquijo & Marcial Pons Ediciones jurídicas y sociales S.A, 1998. p. 98-100.

incidências distintas, embora possa ser justificável o tratamento desigual, se fundamentado em motivos razoáveis e balizados pela proporcionalidade. Essas distinções podem ser dadas também para atender também a valores que não perpassam necessariamente pela arrecadação e obtenção de receitas, como deduções fiscais destinadas a fomentar a proteção familiar ou promoção da ciência e do ensino. Aqui estarão presentes também finalidades extrafiscais, quando a medida para a aferição da igualdade não deve ser a capacidade contributiva, mas sim a coerência com o elemento que mantenha relação de pertinência, fundada e conjugada com a finalidade econômica ou social protegida⁹. Portanto, aqui a igualdade tradicional cede espaço à proporcionalidade como meio de controle da justiça da medida fiscal, além da comparação e da tomada de conta da situação fiscal global do contribuinte¹⁰.

2. A capacidade contributiva no mundo globalizado:

Após o fim da guerra fria e o incremento da globalização, notadamente a partir dos anos 1990, o princípio da capacidade contributiva está a perder espaço, notadamente por conta da retração das práticas do Estado Social e pela preponderância dos grandes grupos econômicos perante até mesmo às forças estatais.

Nesse cenário também se observa a desmaterialização das operações econômicas e uma mobilidade muito mais acentuada de pessoas, capitais, bens e fatores de produção. Como os Estados não podem renunciar à receita fiscal, pois a pressão pelos gastos públicos não fizeram reduzir a carga tributária nos países centrais e em desenvolvimento¹¹, os impostos têm se concentrado sobre os rendimentos e demais fatos econômicos relacionais ao trabalho¹² e com menor mobilidade. Em outras palavras, a pressão fiscal vem se concentrando, desproporcionalmente, sobre indivíduos que compõe a chamada “classe média” em relação àqueles detentores de maior capacidade econômica e aqueles que podem deslocalizar mais facilmente seus bens e rendimentos.

Por outro lado, o grande capital e as riquezas móveis são poupadas, fenômeno que fragiliza a capacidade contributiva e o viés redistributivo¹³. Portanto, os mercados exercem influência sobre o Poder Público e o processo legislativo, tanto para diminuir intervenções na atividade econômica, sob o argumento da eficiência e competitividade no cenário global, mas principalmente para reduzir a carga tributária sobre as grandes empresas e o capital.

Em ambiente de competição fiscal global, paira a ameaça de transferência de propriedades, fatores de produção, mas principalmente do capital para países

9 AVILA, Humberto. Teoria da Igualdade Tributária. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 165-168

10 HOUARDY, Yves. La Capacité Contributive. IN: TRAVERSA, Edoardo; DECKER, Vincent (Org.). Liber Amicorum Jacques AUTENNE: promenades sous les portiques de la fiscalité. Bruxelles: Buylant, 2010. p. 142-143

11 TANZI, Vito & SCHUKNECHT, Ludger. Public spending in the 20th century : a global perspective. Cambridge : Cambridge University Press, 2000.

12 TANZI, Vito. Globalization, tax competition by the future of tax systems. In: UCKMAN, Victor (Org.). Corso di diritto tributario internazionale. 2. ed. Padova: CEDAM, 2002. p. 32-34; 39).

13 Inclusive, as incidências fiscais são questionadas pelos detentores de maior capacidade econômica, os quais passam a exigir uma equivalência cada vez mais estreita entre o montante tributado e os benefícios prestações estatais a eles dirigidas (PALMA, Clotilde Celorico. Da evolução do conceito de capacidade contributiva. IN: Ciência e técnica fiscal, Lisboa, n. 402, abr./jun., 2001, p. 118-119; 143-144).

que pratiquem menor carga fiscal especialmente sobre a renda ¹⁴. Em razão disso, verifica-se a erosão das bases tributárias e a transferência de lucros¹⁵. Como bem sintetiza Eduardo Paz Ferreira¹⁶, no contexto da globalização, as administrações tributárias têm se voltado muito mais fortemente ao controle dos pequenos e médios contribuintes, mas não consegue alcançar eficazmente o combate à grande evasão.

Conforme ensina Klaus Tipke¹⁷, a concorrência fiscal negativa se impõe, o que deve ser corrigido por meio de tratados internacionais que possibilitem uma concorrência fiscal justa, para que a concorrência seja saudável e fundada em boas práticas, não em vantagens fiscais. Desta feita, a concorrência fiscal desenfreada entre os estados prejudica a sustentabilidade das finanças públicas e fragiliza a capacidade contributiva, com efeitos deletérios sobre a redistribuição de recursos e o combate a desigualdade social. Em consequência, o Estado Social também perde espaço no mundo globalizado.

3. A capacidade contributiva diante das respostas fiscais à crise provocada pela Pandemia de COVID-19

O mundo globalizado, em suas mais variadas formas de organização social, política e econômica, atualmente, é desafiado pela pandemia de Covid-19, a qual, além de causar problemas sanitários devastadores, vem provocando a maior crise econômica desde pelo menos, a grande depressão de 1929. Com o recuo da economia, graves problemas sociais são gerados, o que incrementa as prestações sociais e o abandono, ainda que transitório, das rígidas regras de equilíbrio orçamental¹⁸. Com isso, recrudescem políticas públicas keynesianas em face de preceitos ultraliberais¹⁹.

Em razão disso, pode-se afirmar que, pelo menos por enquanto e de forma parcial, a pandemia proporciona a rediscussão do pensamento político dominante, porque as premissas e as funções do Estado de bem-estar social estão sendo revisitadas²⁰.

14 Por conta disso, muitos Estados se furtam a tributar universalmente os bens de seus residentes, pois se veem compelidos a estancar a deslocalização de multinacionais e de fontes de rendimentos passivos para atrair investimentos. Assim, a concorrência fiscal aumenta seguindo o esquema: “não perder investimento ativo e atrair investimento passivo” (DOURADO, Ana Paula. *Governança Fiscal Global*. Coimbra: Almedina, 2017. p. 25; 35)

15 MOOJI, R. A. de; STEVENS, L. G. M. Exploring the future of ability to pay in Europe. In: *EC Tax Review*, Vol. 14, Issue 1, p. 09-15, 2005.

16 FERREIRA, Eduardo Paz. *Por uma sociedade decente: começar de novo vai valer a pena*. Barcarena: Marcador, 2016. p. 266.

17 TIPKE, Klaus. *Moral tributária do Estado e dos contribuintes*. Tradução de Luiz Dória Furquim. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editores, 2012. p. 59-60.

18 Nesse sentido, no Brasil, foi instituído regime extraordinário fiscal, financeiro e de contratações para enfrentamento de calamidade pública nacional pela Emenda Constitucional 106/2020, também conhecida como “PEC do Orçamento de Guerra”. Desde que utilizadas especificamente no que refere ao controle da pandemia e que não tragam efeitos permanentes, várias regras financeiras foram relativizadas, tanto no âmbito da despesa, quanto no que se refere à concessão ou ampliação de benefícios fiscais, em derrogação aos requisitos de controle previstos na Lei de Responsabilidade Fiscal brasileira.

19 Exemplo disso foi a lei federal 14.020/20 que criou o benefício emergencial para manutenção do emprego e da renda no Brasil nas modalidades de: redução proporcional de jornada de trabalho e de salário e suspensão temporária do contrato de trabalho, o que permitiu a desoneração dos empregadores afetados economicamente pela pandemia.

20 Boaventura de Sousa Santos defende que, como resultado da pandemia, deve ter lugar uma nova organização que pressupõe uma viragem epistemológica, cultural e ideológica que sustente as soluções políticas, econômicas e sociais que garanta dignas condições de vida no planeta, cujos fundamentos residem em repensar o modelo econômico neoliberal e sua alta carga de individualismo e concentração de renda. (SANTOS, Boaventura de Sousa. *A cruel pedagogia do vírus*. Coimbra: Almedina, 2020)

Soma-se a essa atuação na proteção social, o incremento das múltiplas ações na área da saúde, o que torna inevitável o aumento da despesa pública. Justamente para fazer frente a essas demandas, são desenhadas políticas fiscais diversas, as quais devem ser planeadas a curto, médio e longo prazo, além de demandar ações imediatas. Atenta a essas implicações financeiras, a OCDE (Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico) lançou o Relatório intitulado “Tax and Fiscal Policy in Response to the Coronavirus Crisis: strengthening confidence and resilience”²¹, cuja última atualização data de 19 de maio de 2020. De forma sintética, o referido relatório dividiu as ações fiscais em quatro etapas, cada qual permeada por objetivos próprios.

Na primeira fase, de adoção imediata e concomitante ao confinamento social, as medidas se destinam a conceder dilações de prazo de cumprimento de obrigações acessórias e principais, sem aumento da carga fiscal nesse momento, justamente para preservar a saúde financeira das empresas e dos indivíduos. Até mesmo isenções tributárias são concedidas, como na área da segurança social e na importação de medicamentos, insumos e equipamentos voltados à saúde. A segunda fase apresenta-se como sequência e aprofundamento das políticas da primeira, justamente por enfatizar a redução das dificuldades financeiras das pessoas e das empresas quando da permanência do isolamento ou logo após a sua flexibilização. Nesse ponto, ainda há renúncias de receitas fiscais e de contribuições previdenciárias. Na terceira fase, os estímulos são voltados ao relançamento da economia e no início da recuperação econômica, tendo em conta o apoio ao consumo e ao investimento.

Nas primeiras fases delineadas no citado relatório da OCDE, portanto, a incidência fiscal não está tão adstrita à capacidade contributiva, posto que os tributos são utilizados na implementação de políticas setoriais, com a atuação de boas práticas de extrafiscalidade²². Nesses momentos, em que pese a capacidade contributiva tradicional estar mitigada por fins diversos à mera obtenção de receita pública, não se pode olvidar o controle de proporcionalidade que se impõe às medidas extrafiscais.

O reequilíbrio das contas públicas, tão abaladas pelos efeitos financeiros e econômicos da crise e das próprias medidas de apoio, deve ser empreendido apenas na quarta fase, que já caracterizam medidas pós-crise. Nesse momento, já são admitidos e até mesmo necessários, aumento de impostos, notadamente de setores que apresentaram lucro durante e após a crise.

Resta saber se, na busca por essas fontes de financiamentos diversificadas, o princípio da capacidade contributivo será prestigiado, o que reforçaria a tendência de retomada de aspectos do Estado Social, ou se essa baliza jurídica será novamente tragada pela concorrência fiscal internacional e as práticas comuns à globalização.

21 ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO [OECD] Tax and Fiscal Policy in Response to the Coronavirus Crisis: strengthening confidence and resilience. 19 mai 2020. Disponível em <http://www.oecd.org/ctp/tax-policy/tax-and-fiscal-policy-in-response-to-the-coronavirus-crisis-strengthening-confidence-and-resilience.htm>. Acesso em 29 dez 2020.

22 De acordo com Tácio Lacerda Gama, a extrafiscalidade deve ser articulada nas primeiras e segundas fases delineadas pela OCED, mas não deve haver uso errático e irresponsável, mas sim a preferência por políticas fiscais de curto prazo, com fiscalização constante e mensuração de efetividade (GAMA, Tácio Lacerda. A redenção da extrafiscalidade como instrumento de política setorial. MENDES, Gilmar Ferreira; SANTANA, Hadassah Laís & AFONSO, José Roberto (Coord). Governance 4.0 para a Covid-19 no Brasil. São Paulo: Almedina, 2020. p. 498).

Sobre essa questão, Gustavo Brigadão²³ infere que, embora seja possível aumentar tributos sobre quem apresentou resultados positivos durante a economia, ou seja, por aqueles indivíduos e empresas com maior capacidade contributiva – e não aqueles que estejam em recuperação e ainda em fragilidade – deve haver programação e cuidado por parte dos governos, para que não haja afastamento aos objetivos de crescimento, inclusão e sustentabilidade, sempre com a ressalva de que o aumento de receitas seja restrito à quarta fase, como recomenda a OCDE e não durante o confinamento. Além disso, recomenda que o aumento da carga fiscal seja temporário e não permanente²⁴.

O papel reservado à fiscalidade na recuperação da economia após o confinamento gradual é ressaltado por Clotilde Celorico de Palma²⁵, para quem, no período de recuperação, a política fiscal deve se voltar a manter o consumo e o investimento empresarial e não a poupança. No mais, objetivos de longo prazo devem ser tomados em conta, com ênfase em valores como a resiliência a riscos de saúde e a descarbonização. Por isso, as estruturas do sistema fiscal devem ser reajustadas para depois da pandemia, em conjunto a outras medidas para mitigar os efeitos da crise, visando à maior progressividade e de solidariedade, sobre o carbono e para adequar à digitalização da economia²⁶.

Um esboço de medida fiscal que atende a capacidade contributiva foi a instituição, no orçamento suplementar de 2020 aprovado pela Assembleia da República Portuguesa (lei 27-A/2020) do adicional de solidariedade sobre o setor bancário²⁷, com o objetivo de reforçar os mecanismos de financiamento do sistema

23 BRIGADÃO, Gustavo. Medidas tributárias necessárias ao enfrentamento da pandemia da COVID-19. In: MENDES, Gilmar Ferreira; SANTANA, Hadassah Laís & AFONSO, José Roberto (Coord). Governance 4.0 para a Covid-19 no Brasil. São Paulo: Almedina, 2020. P. 496; 502

24 Não obstante isso, há vozes doutrinárias que sequer admitem o uso de mecanismos tributários como saída para a crise decorrente da COVID-19, especialmente aqueles que reportem a uma maior efetivação da capacidade contributiva, como os Impostos sobre Grandes fortunas, pois o debate sobre justiça fiscal não poderia ser utilizada para a recomposição do equilíbrio fiscal dos entes federados, assim como também esse não seria o momento para mudanças estruturais como Reformas tributárias que aumentem a carga fiscal, sob pena de fragilizar o contribuinte (SCAFF, Fernando Facury, O Estadio de emergência financeira e o orçamento de guerra. IN: MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito; GODOI, Marciano Seabra de; VALADÃO, Marcos Aurélio Pereira; BATISTA JUNIOR, Onofre Batista & ROCHA, Sérgio André (Org). A pandemia da Covid-19 no Brasil em sua dimensão financeira e tributária. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020. p. 712-713).

25 PALMA, Clotilde Celorico. Cidadania, Educação, Moral Tributária e Coesão Económica e Social em tempos de COVID-19. IN: Economic Analysis of Law Review: Catholic University of Brasilia. V.11, nº 2, Mai-Ago, 2020, p. 77-78.

26 A OCDE ressalta a necessidade de cooperação global entre os países para alcançar os desafios fiscais da digitalização da economia para se garantir uma forte, inclusiva e sustentável recuperação da crise provocada pela Pandemia, especialmente se consideramos que, com o distanciamento social, houve aumento contundente dos atos sociais e económicos praticados por meio digital (ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÓMICO [OECD]. A STRONG, RESILIENT, INCLUSIVE AND SUSTAINABLE RECOVERY FROM COVID-19. 29 oct 2020. Disponível em <https://www.oecd.org/newsroom/2020-ministerial-council-statement-a-strong-resilient-inclusive-and-sustainable-recovery-from-covid-19.htm>. Acesso em 29 dez 2020.

27 A lei do orçamento do Estado para 2021(75-B/2020, de 31 de dezembro de 2020), manteve o adicional de solidariedade sobre o setor bancário (art. 410º), além da contribuição extraordinária sobre os fornecedores da indústria de dispositivos médicos e sobre os fornecedores da indústria de dispositivos médicos do Serviço Nacional de Saúde e da contribuição extraordinária sobre o setor energético.

de segurança social²⁸. Assim, Portugal, ainda que com certa limitação, concede um aceno à capacidade contributiva mesmo antes de terminada a pandemia, justamente pela grande propensão do setor financeiro em verter recursos para suprir os impactos económicos, sociais e financeiros da pandemia.

Considerações Finais

Os efeitos deletérios da pandemia de COVID-19 sobre a economia e as finanças públicas reclamam medidas fiscais de diversas conotações, que apresentam o enorme desafio de equilibrar condições favoráveis para o investimento e a recuperação do ambiente de negócios com a percepção mais apurada de justiça fiscal. Isso porque, quando da retomada do equilíbrio fiscal, deve-se buscar novas fontes de financiamento e o incremento da arrecadação de setores que apresentam grande capacidade económica. A recomendação da OCDE de abril e maio de 2020, segundo a qual os ajustes no sistema fiscal devem ocorrer apenas em uma quarta e última fase, quando o confinamento e a pandemia já estariam estabilizados, parece-nos adequada se estivéssemos diante de uma crise breve e linear. No entanto, não é isso que ocorre, pois entramos no ano de 2021, em uma “segunda onda”, com o aumento de casos e óbito em quase todos os países do globo. Embora existam esperanças quanto à imunização da população pelas vacinas já ministradas e aprovadas em alguns países, não se sabe ao certo quanto tempo as relações sociais e económicas se estabilizarão ao ponto de permitir reformas fiscais estruturais.

Portanto, após quase um ano, as finanças públicas dos diversos países já se encontram abaladas e com menor capacidade de endividamento e financiamento das medidas de apoio que se fazem necessários. Por isso, a recomendação da OCDE de ajustar os sistemas fiscais, inclusive para ter em relevo a capacidade contributiva, apenas após superada a pandemia, deve ser sopesada com medidas de mais imediatas, ainda que de alcance parcial, tal como a contribuição de solidariedade sobre o setor financeiro, implementado pelo Orçamento Suplementar de 2020 da República Portuguesa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁVILA, Humberto. Teoria da Igualdade Tributária. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BRIGADÃO, Gustavo. Medidas tributárias necessárias ao enfrentamento da pandemia da COVID-19. In: MENDES, Gilmar Ferreira; SANTANA, Hadassah Laís & AFONSO, José Roberto (Coord). Governance 4.0 para a Covid-19 no Brasil. São Paulo: Almedina, 2020.

28 Além de compensar a isenção de imposto sobre o valor acrescentado (IVA) aplicável à generalidade dos serviços e operações financeiras, as receitas dessa contribuição são consignadas ao Fundo de Estabilização Financeira da Segurança Social (CABRAL, Nazaré da Costa. O Papel das finanças públicas em Portugal. Intervenção de Nazaré da Costa Cabral no webinar “Finanças Públicas e Política Fiscal em tempos de COVID-19”. Disponível em: <https://www.cfp.pt/pt/noticias/intervencoes-publicas/intervencao-de-nazare-da-costa-cabral-no-webinar-financas-publicas-e-politica-fiscal-em-tempos-de-covid-19>. Acesso em 01 jul 2020).

CABRAL, Nazaré da Costa. O Papel das finanças públicas em Portugal. Intervenção de Nazaré da Costa Cabral no webinar “Finanças Públicas e Política Fiscal em tempos de COVID-19”. Disponível em: <https://www.cfp.pt/pt/noticias/intervencoes-publicas/intervencao-de-nazare-da-costa-cabral-no-webinar-financas-publicas-e-politica-fiscal-em-tempos-de-covid-19>. Acesso em 01 jul 2020.

CAMPOS, Diogo Leite. As garantias constitucionais dos contribuintes. IN: CATARINO, João Ricardo; GUIMARÃES, Vasco Branco. Lições de Fiscalidade: Volume I – Princípios gerais e fiscalidade interna. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2018.

CATARINO, João Ricardo. Redistribuição tributária: estado social e escolha individual. Coimbra: Almedina, 2008.

DOURADO, Ana Paula. Governação Fiscal Global. Coimbra: Almedina, 2017.

FERREIRA, Eduardo Paz. Por uma sociedade decente: começar de novo vai valer a pena. Barcarena: Marcador, 2016

GAMA, Tácio Lacerda. A redenção da extrafiscalidade como instrumento de política setorial. MENDES, Gilmar Ferreira; SANTANA, Hadassah Laís & AFONSO, José Roberto (Coord). Governance 4.0 para a Covid-19 no Brasil. São Paulo: Almedina, 2020

GUIMARÃES, Vasco Branco. Princípios gerais da fiscalidade IN: CATARINO, João Ricardo; GUIMARÃES, Vasco Branco. Lições de Fiscalidade: Volume I – Princípios gerais e fiscalidade interna. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2018.

HOUGARDY, Yves. La Capacité Contributive. IN: TRAVERSA, Edoardo; DECKER, Vincent (Org.). Liber Amicorum Jacques AUTENNE: promenades sous les portiques de la fiscalité. Bruxelles: Buylant, 2010

MOLINA, Pedro Manuel Herrera. Capacidad economica y sistema fiscal: analisis del ordenamiento español a la luz del derecho alemán. Madrid: Fundacion Oriol-Urquijo & Marcial Pons Ediciones jurídicas y sociales S.A, 1998.

MOOJI, R. A. de; STEVENS, L. G. M. Exploring the future of ability to pay in Europe. In: EC Tax Review, Vol. 14, Issue 1, p. 09-15, 2005

ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO [OECD]. A STRONG, RESILIENT, INCLUSIVE AND SUSTAINABLE RECOVERY FROM COVID-19. 29 oct 2020. Disponível em <https://www.oecd.org/newsroom/2020-ministerial-council-statement-a-strong-resilient-inclusive-and-sustainable-recovery-from-covid-19.htm>. Acesso em 29 dez 2020.

ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO [OECD] Tax and Fiscal Policy in Response to the Coronavirus Crisis: strengthening confidence and resilience. 19 mai 2020. Disponível em <http://www.oecd.org/ctp/tax-policy/tax-and-fiscal-policy-in-response-to-the-coronavirus-crisis-strengthening-confidence-and-resilience.htm>. Acesso em 29 dez 2020

PALMA, Clotilde Celorico. Cidadania, Educação, Moral Tributária e Coesão Económica e Social em tempos de COVID-19. IN: Economic Analysis of Law Review: Catholic University of Brasilia. V.11, nº 2, Mai-Ago, 2020

PALMA, Clotilde Celorico. Da evolução do conceito de capacidade contributiva. IN: Ciência e técnica fiscal, Lisboa, n. 402, abr./jun., 2001

SANTOS, Boaventura de Sousa. A cruel pedagogia do vírus. Coimbra: Almedina, 2020.

SCAFF, Fernando Facury, O Estado de emergência financeira e o orçamento de guerra. IN: MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito; GODOI, Marciano Seabra de; VALADÃO, Marcos Aurélio Pereira; BATISTA JUNIOR, Onofre Batista & ROCHA, Sérgio André (Org). A pandemia da Covid-19 no Brasil em sua dimensão financeira e tributária. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.

TANZI, Vito. Globalization, tax competition by the future of tax systems. In: UCKMAN, Victor (Org.). Corso do diritto tributario internazionale. 2. ed. Padova: CEDAM, 2002

TANZI, Vito & SCHUKNECHT, Ludger. Public spending in the 20th century : a global perspective. Cambridge : Cambridge University Press, 2000.

TIPKE, Klaus. Moral tributária do Estado e dos contribuintes. Tradução de Luiz Dória Furquim. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editores, 2012.

TIPKE, Klaus; YAMASHITA, Douglas. Justiça Fiscal e princípio da capacidade contributiva. São Paulo: Malheiros, 2002.

A lei anticorrupção brasileira e o Decreto nº 8.420/2015: medidas preventivas no combate à corrupção

The Brazilian Anticorruption Law and Decree No. 8.420/2015: preventive measures to combat corruption

Jaqueline Maria Ryndack¹

Sumário: 1. A Lei Anticorrupção Brasileira; 2. Corrupção e Propina; 2.1 Medidas preventivas no combate à corrupção com base no Decreto Nº 8.420/2015; Considerações Finais.

Resumo: O presente trabalho visa apresentar as inovações constantes na Lei Anticorrupção brasileira e as medidas preventivas no combate à corrupção observáveis no Decreto Nº 8.420/2015. Através do método dedutivo, por meio da pesquisa bibliográfica, iniciamos o artigo tratando da Lei Anticorrupção Brasileira, na sequência delimitamos o que é Corrupção e Propina, para por fim, apresentar as medidas preventivas no combate à corrupção com base no Decreto Nº 8.420/2015. Constatou-se que a Lei Anticorrupção não foi uma iniciativa pioneira ou isolada, vez que se apresentou como o reflexo de posturas já adotadas no Brasil, como por exemplo, acordos internacionais recepcionados pelo Brasil que visam o combate à corrupção. Notou-se que Lei Anticorrupção apresentou como avanços primordiais a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica por atos lesivos e o controle estatal exercido por meio de novos mecanismos. Concluímos que a busca da implementação da Lei Anticorrupção em conjuntura com Programas de Compliance pode representar surpresa positiva na conjuntura em que a prática do ilícito apresenta-se vantajosa, ao prevenir a dilapidação do patrimônio e repreender com rigor os corruptos e corruptores. Com relação ao Decreto nº 8.420/2015, ressalta-se que não apenas pessoas jurídicas de direito privado estão subordinadas, mas também empresas públicas e sociedades de economia mista. Concluímos que, apesar dos seus avanços, o Decreto nº 8.420/2015 e a Lei Anticorrupção tratam apenas da responsabilização civil de natureza civil e administrativa, não trazendo avanços na responsabilidade criminal.

Palavras-chave: Lei Anticorrupção Brasileira; Combate à corrupção; Decreto Nº 8.420/2015.

Abstract: The present work aims to present the innovations contained in the Brazilian Anti-Corruption Law and the preventive measures in the fight against corruption observed in Decree No. 8,420 / 2015. Through the deductive method, through bibliographic research, we started the article dealing with the Brazilian Anticorruption Law, following which we delimit what Corruption and Bribery is, in order to finally present preventive measures in the fight against corruption based on Decree No. 8.420/2015. It was found that the Anti-Corruption Law was not a pioneering or isolated initiative, since it presented itself as a reflection of attitudes already adopted in Brazil, such as, for example, international agreements received by Brazil aimed at combating corruption. It was noted that the Anti-Corruption Law presented as fundamental advances the objective responsibility of the legal entity for harmful acts and the state control exercised through new mechanisms. We concluded that the search for the implementation of the Anti-Corruption Law in conjunction with Compliance Programs may represent a positive surprise in the context in which the practice of the offense is advantageous, in preventing the dilapidation of assets and strictly reprimanding the corrupt and corrupting. With regard to Decree No. 8.420/2015, it is emphasized that not only private legal entities are subordinate, but also public companies and mixed-capital companies. We conclude that, despite its advances, Decree No. 8.420/2015 and the Anti-Corruption Law deal only with civil liability of a civil and administrative nature, without bringing advances in criminal liability.

Keywords: Brazilian Anti-Corruption Law; Fight against corruption; Decree No. 8.420/2015.

¹ Advogada. Mestre em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. Pós-graduanda pela Fundação Escola do Ministério Público – FEMPAR. E-mail: ryndack.jaqueline@hotmail.com

1. A Lei Anticorrupção Brasileira

A Lei Anticorrupção não é uma iniciativa pioneira ou isolada, vez que se apresentou como o reflexo de posturas já adotadas no Brasil. Dentre os acordos internacionais que visam o combate à corrupção recepcionado pelo Brasil citam-se a Convenção sobre o combate à corrupção de funcionários públicos estrangeiros em transações comerciais internacionais da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, o qual foi promulgada através do Decreto nº 3.678/2000; a Convenção Interamericana contra a Corrupção, a qual foi promulgada pelo Decreto nº 4.410/2002; e a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, promulgada pelo Decreto nº 5.687/2006.

Tem por bem jurídico material tutelado o patrimônio público nacional ou estrangeiro, visando a “proteção de bens imateriais, consubstanciados nos princípios que regem a administração pública, além da moralidade administrativa.”². Ressalta-se a existência de componentes ideológicos na formulação da Lei Anticorrupção, qual sejam, “a cultura de corrupção e as manifestações populares de 2013 ocorridas no Brasil.”³.

Em que pese não seja pioneira ou isolada, os autores Petrelluzzi e Junior apontam disposições inovadoras na lei uma vez que apresenta a “adoção da responsabilidade objetiva da pessoa jurídica em relação a atos lesivos ao erário e a possibilidade da celebração de acordos de leniência, além de contemplar, como já faziam outros textos legais, a imposição de severas punições de caráter pecuniário que, sobretudo em relação a infrações contra a ordem econômica, parecem ser mesmo as sanções capazes de prevenir a prática de condutas desviadas.”⁴.

Ela trouxe inúmeras mudanças que necessitam de consideração, notadamente o controle estatal exercido por meio de novos mecanismos, como apontado por Fábio André Guaragni e Fernando Martins Maria Sobrinho:

O êxito do poder punitivo estatal é atingido pela fragilidade do poder de regulação estatal, pelo desenvolvimento da tecnologia da informação, pela derrubada das fronteiras, e pela simplicidade de deslocamentos de pessoas e mercadorias. Todos estes retalhos da economia se atrelam pela ideia forte de desterritorialização, com o consequente descontrole estatal. Afinal, o Estado opera como agência de poder territorial, ao passo que a criminalidade habitualmente praticada no seio da atividade empresarial e, portanto, no universo das trocas econômicas, afeta bens jurídicos supra-individuais de maneira supraterritorial. Desta forma, resta primordial constituir um novo modelo persecutório de tais delitos.⁵

2 PETRELLUZZI, Marco Vinício; RIZEK JUNIOR, Rubens Naman. Lei Anticorrupção: origens, comentários e análise da legislação correlata. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 54.

3 BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes; FERREIRA, Daniel. Atividade empresarial e cidadania: críticas à lei anticorrupção brasileira. in Revista Jurídica. V. 03, n. 44. Curitiba: 2016, p. 455. Disponível em: <<https://docs.google.com/viewerng/viewer?url=http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/viewFile/1817/1193>>. Acesso em: 25/06/2020.

4 PETRELLUZZI, RIZEK JUNIOR, op. cit., p. 51.

5 MARIA SOBRINHO, Fernando Martins. GUARAGNI, Fábio André. A natureza da contribuição da pessoa jurídica na apuração das infrações previstas na lei anticorrupção. in Revista Jurídica. V. 01, n. 38. Curitiba: 2015, p. 355. Disponível em: <<https://docs.google.com/viewerng/viewer?url=http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/viewFile/1424/967>>. Acesso em: 25/06/2020.

Quanto aos avanços encontrados na Lei Anticorrupção, citam-se a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica; previsão de punibilidade por atos lesivos cometidos contra a administração pública estrangeira praticados pela pessoa jurídica brasileira; possibilidade de buscar em juízo a incidência das sanções não aplicadas no processo administrativo pela autoridade administrativa omissa; tipificação de atos de corrupção que anteriormente não eram previstos; “a provável quebra do ciclo vicioso da corrupção nas relações entre as empresas privadas e o Estado; o consequente surgimento de uma nova cultura empresarial contra a corrupção; a indução de uma possível redução das crises econômica e política geradas pela endêmica corrupção existente no país”⁶.

Ressalta-se que a Lei de Improbidade Administrativa já previa além da penalização administrativa do agente corrupto, a penalização do corruptor ou de terceiro beneficiário, de modo que a Lei Anticorrupção veio a contribuir para impedir a prática de ilícitos:

O art. 3º, por sua vez, estende a sujeição do dever de probidade administrativa (e a correlata legitimidade passiva na ação de aplicação das sanções de improbidade) ao beneficiário e ao partícipe, complica ou co-autor do ato de improbidade administrativa, que podem ser agentes públicos ou não, pessoas físicas e jurídicas. [...] Alfonso Sabán Godoy aponta como componente anímico da conduta corrupta a deslealdade, caracterizada como a atuação contrária aos interesses cuja defesa vem confiada em virtude de um ato de vontade de quem legitimamente deles é titular, e adverte que concorre à corrupção na vida pública a cumplicidade privada.⁷

Já Modesto Carvalhosa entende que a diversidade de normas de combate à corrupção não atendiam às exigências das Convenções internacionais ratificadas pelo Brasil:

Embora já exista e em vigor em nosso País uma variedade de leis que – de forma simultânea, autônoma e dispersa – estabelecem sanções aos delitos praticados por pessoas jurídicas junto aos entes públicos estas normas não satisfaziam plenamente o compromisso assumido no campo internacional pelo Brasil de aplicar sanções a todas as pessoas jurídicas envolvidas em corrupção pública, num plano abrangente envolvendo quaisquer atividades do setor econômico e social em suas relações ilícitas com os poderes públicos, no âmbito interno e internacional, neste último, mediante regras de extraterritorialidade.⁸

Independente de qual cenário pontue-se, positivo ou negativo, suprir a lacuna existente quanto à responsabilização legal das pessoas jurídicas por atos lesivos, é evidente a contribuição da Lei Anticorrupção.

Carla Veríssimo aponta que com a imposição de sanções civis e administrativas não seriam suficientes para inibir a prática de ilícitos, de modo que somente com o aumento da implementação e uso de Programas de Integralidade pelas empresas seria possível essa busca da postura ética⁹. No mesmo sentido, Belissário Santos Jr. e Isabella Leal Pardini pontuam o incentivo ao Programa de Compliance ao analisar a redação da citada lei:

Interessante ainda destacar que a referida previsão irá consolidar a cultura do compliance no país, incentivando o empresariado brasileiro a investir em políticas de controle interno para o cumprimento de normas e regulamentos, a fim de mitigar

6 BERTONCINI, FERREIRA, in Revista Jurídica, 2016, p. 454. Acesso em: 25/06/2020.

7 MARTINS JR., Wallace Paiva. Probidade administrativa. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 320.

8 CARVALHOSA, Modesto. Considerações sobre a Lei Anticorrupção das pessoas jurídicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 31.

9 VERÍSSIMO, Carla. Compliance incentivo à adoção de medidas anticorrupção. São Paulo: Saraiva, 2017.

riscos, evitando, assim, o comprometimento da instituição com condutas ilícitas, bem como fortalecendo a imagem da empresa perante a sociedade em geral e, em especial, diante de seus consumidores clientes, parceiros e colaboradores.¹⁰

A busca da implementação da Lei Anticorrupção em conjuntura com Programas de Compliance, pode representar surpresa positiva na conjuntura em que a prática do ilícito apresenta-se vantajosa, ao prevenir a dilapidação do patrimônio e repreender com rigor os corruptos e corruptores¹¹.

2. Corrupção e Propina

Para Aristóteles, a ética é uma virtude que necessita de constate exercício, não sendo inerente do ser humano, ela é aprendida e aperfeiçoada:

[1103a] Sendo a virtude, assim, de dois tipos, uma intelectual e (15) outra moral, a virtude intelectual depende mais do ensino, quer em sua origem, quer em seu crescimento; portanto, ela precisa de experiência e também de tempo; a virtude moral resulta do hábito, de onde lhe formado vem também seu nome, uma pequena e sutil por alteração de “éthos”. “ Por isso, é evidente que nenhuma das virtudes morais é gerada em nós por natureza, pois (20) nenhuma das coisas que existe por natureza torna-se diferente pelo hábito, como a pedra, por exemplo, que se move por natureza para baixo, não se habituaria a mover-se para cima, nem se alguém, dez mil vezes, habitue-se a jogá-la para cima; e nem se pode habituar a mover o fogo para baixo, e nem qualquer coisa, que de modo geral é por natureza, poderia habituar-se de modo diferente. Assim, nem é por natureza, nem contrariamente à natureza que as virtudes são geradas em nós, mas (25) é natural para nós recebê-las, e nos aperfeiçoamos pelo hábito.¹²

Desse modo, padrões éticos de comportamento empresarial e pessoal devem ser aprendidos e constantemente praticados como um hábito. Contudo, para Aristóteles a corrupção é inerente ao ser humano, sempre existiram e sempre irão existir, uma vez que ela existe em potência, ou seja, o mundo está constantemente sujeito a ela.

Nesse sentido, o desvio de conduta enquanto prática da corrupção e propina, abordaremos a primeira como atos que envolvam relações escusas entre o poder público e empresas privadas.

A corrupção é tratada nas modalidades de corrupção passiva e ativa, estando

10 SANTOS JR, Belisário dos; PARDINI, Isabella Leal. Lei anticorrupção gera incertezas, mas consolida necessidade do compliance. Revista interesse nacional. Ano 6, n. 24, jan./mar. 2014, p. 8. Disponível em: <<http://interessenacional.com/index.php/edicoesrevista/lei-anticorruptcao-gera-incertezas-mas-consolida-a-necessidade-docompliance/>>. Acesso em: 24/06/2020.

11 GUARAGNI, Fábio André; CAMBI, Eduardo Augusto Salomão. Apresentação. in GUARAGNI, Fábio André (Coord.); CAMBI, Eduardo Augusto Salomão (Coord.); BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes (Org.). Lei Anticorrupção: comentários à Lei 12.846/2013. São Paulo: Almedina, 2014.

12 ARISTÓTELES. Ética a Nicômaco. Trad. Luciano Ferreira de Souza. São Paulo: Martin Claret, 2015, p. 41.

contidas, respectivamente, nos artigos 317¹³ e 333¹⁴ do Código Penal, não podendo ser definida de modo fechado, uma vez que “as condutas corruptas são extremamente complexas, envolvem agentes públicos e privados, além de pessoas jurídicas, e por essa razão, é bastante difícil encontrar uma definição ou conceito que contemple todas as possibilidades que o vocábulo encerra.”¹⁵.

Felipe Eduardo Hideo Hayashi complementa informando que

A corrupção é um complexo fenômeno global que advém de fatores econômicos, institucionais, políticos, sociais e históricos, possui manifestações diversas de natureza pública, privada e social, e afeta o desenvolvimento de todos os países do mundo, em maior ou menor grau, seja em regimes autoritários ou democráticos, e em todos os sistemas econômicos.

Por isso a corrupção tem sido estudada desde a sociologia, a economia, a psicologia, a criminologia e a ética até o direito.¹⁶

Reconhece que a corrupção não possui caráter econômico, encontrando a sua prática no meio político através da realização da exploração de prestígio e na conduta desviada com o objetivo de obter a vantagem de natureza política, incide, da mesma forma, na prática da corrupção. Nesse sentido, Marco Vinicio Petrelluzzi e Rubens Naman. Rizek Junior citam que “quem, para se perpetuar no controle do poder político, ilegalmente, se utiliza de função pública que ocupa, mesmo não obtendo ou almejado vantagem econômica, esta agindo de forma corrupta.”¹⁷.

Apresentando ou não valor monetário em sua discussão, mas sim a obtenção de alguma vantagem indevida, para Fabio Tokars a corrupção é um dos maiores e mais vergonhosos freios ao desenvolvimento nacional ao nos conduzir

ao atraso por gerar a primazia do conhecimento pessoal sobre a eficiência, obstando a entrada no mercado de empresários tecnicamente capacitados, mas que não conhecem os caminhos do poder; de outro lado, consolida-se a posição de estruturas economicamente incompetentes, mas que bem atendem aos interesses daqueles que detêm as chaves do mais endinheirado dos cofres: o cofre do estado.¹⁸

13 “Corrupção passiva

Art. 317 - Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 10.763, de 12.11.2003)

§ 1º - A pena é aumentada de um terço, se, em consequência da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou deixa de praticar qualquer ato de ofício ou o pratica infringindo dever funcional.

§ 2º - Se o funcionário pratica, deixa de praticar ou retarda ato de ofício, com infração de dever funcional, cedendo a pedido ou influência de outrem:

Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa.” (BRASIL. Decreto-lei Nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 23/05/2019)

14 “Corrupção ativa

Art. 333 - Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 10.763, de 12.11.2003)

Parágrafo único - A pena é aumentada de um terço, se, em razão da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou omite ato de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional.” (Ibid.. Acesso em: 23/05/2019)

15 PETRELLUZZI, RIZEK JUNIOR, 2014, p. 20.

16 HAYASHI, Felipe Eduardo Hideo. Corrupção: combate transnacional, compliance e investigação criminal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 11.

17 PETRELLUZZI, RIZEK JUNIOR, op. cit., p. 20.

18 TOKARS, Fabio. Das falhas de mercado às falhas de estado. in Revista Jurídica. V. 21, n. 5. Curitiba: 2008, p. 155. Disponível em: <<https://docs.google.com/viewerng/viewer?url=http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/viewFile/125/98>>. Acesso em: 24/06/2020.

Nota-se que a corrupção envolve dinheiro público e atua como um dos mais evidentes freios ao desenvolvimento da sociedade. Contudo deve-se realizar ressalva, eis que a corrupção pode ser desenvolvida por agentes privados com valores privados, mas quando envolve o dinheiro público uma maior parcela é atingida por esse mal social.

Podemos vislumbrar a corrupção na seguinte passagem de John Maynard Keynes:

Ora, para explicar a “crise”, é costume pôr tônica na tendência para a alta da taxa de juro sob o efeito da maior demanda de moeda, tanto para fins de transações como para fins especulativos. Sem dúvida, por vezes esse fator tem o efeito de agravar ou até de desencadear uma crise. Mas diria que uma explicação mais normal da crise, e muitas vezes a sua explicação predominante, não é primordialmente uma alta da taxa de juro, mas um repentino colapso da eficiência marginal do capital.¹⁹

Nesse sentido, a corrupção é o próprio mal em si que se alastra pela sociedade, de modo que a própria sociedade favorece para a continuidade dos atos de corrupção ao não fiscalizar os processos licitatórios, não fiscalizar a Administração Pública, solicitar prestação de contas, entre outros atos de cidadania.

Sobre a responsabilidade pela ilegalidade praticada por parte do agente público, Marcio Pestana descreve atos simplórios, se comparados com os prejuízos que causou para a coletividade:

Independente dos efeitos que serão atribuídos aos atos parcial ou integralmente corretos a serem expedidos em função da ocorrência de vício nos domínios licitatórios, a própria existência da mácula em si mesma considerada suscita a possibilidade de procurar responsabilizar-se os agentes e personagens que tenham a ela dado causa, assim como, em certos casos, a própria Administração Pública pelos danos que tenha causado.

Em certas situações, a iniciativa ficará a cargo da própria Administração, como o que se passa, exemplificativamente, na responsabilização administrativa ou funcional; noutras, entretanto, quedará mais apropriadamente ao terceiro, como o que se passa naquele prejudicado que se anime a responsabilizar a Administração Pública pelas repercussões advindas do dano sofrido.²⁰

Diferentemente do exposto, os empresários assumem riscos mais elevados quando posicionam favoráveis a atos de desvio de comportamento, uma vez que colocam “em perigo todo o seu patrimônio pessoal (incluindo os ativos conquistados antes do início da exploração da atividade empresarial) em caso de insolvência da sociedade, mesmo que esta decorra de fatos naturais em uma economia de mercado.”²¹

Em outra passagem, Fabio Tokars apresenta que a sociedade resta prejudicada com os atos de corrupção e propina, uma vez que o empresário repassa o risco da atividade nos preços dos produtos, os mesmo aqueles que realmente atuam contra a Ordem Econômica pouco serão afetados pelas imposições legais²².

Deixando a seara empresarial e vislumbrando o cerne público, os efeitos da corrupção, sob a perspectiva administrativa, recaem notadamente sobre a população

19 KEYNES, John Maynard. Teoria geral do emprego, do juro e da moeda. Trad. Manuel Resende. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 286.

20 PESTANA, Marcio. Licitações Públicas no Brasil: exame integrado das Leis 8.666/1993 e 10.520/2002. São Paulo: Atlas, 2013, p. 796.

21 TOKARS, in Revista Jurídica. 2008, p. 157 - 158. Acesso em: 24/06/2020.

22 Ibid. Acesso em: 24/06/2020.

mais pobre uma vez que tole direitos sociais fundamentais, tais quais direito a saúde, saneamento, educação, habitação, segurança. No mesmo sentido, no livro “A firma, o mercado e o direito”, Ronald H. Coase expõe que se os direitos podem ser comprados ou adquiridos, apresenta como resultado que a parcela da população menos favorecida monetariamente não poderá ter tanto acesso tão facilmente a direitos²³.

Desse modo, a implementação de Programas de Compliance incorrerão na transparência das atividades da pessoa jurídica, possibilitando com que a população marginalizada tenha acesso a direitos aos quais lhe eram tolidos.

2.1. Medidas preventivas no combate à Corrupção com base no Decreto Nº 8.420/2015

O Decreto nº 8.420/2015, o qual regulamentou a Lei nº 12.846/2013, institui nos artigos 41 e 42 regras sobre do Programa de Integridade.

Ao analisar o artigo 42 do Decreto nº 8.420/2015 nota-se que buscou estabelecer medidas as quais fossem observadas pelas organizações societárias, tais como, a necessidade de registros contábeis, código de ética e transparência quanto a doações para candidatos e partidos políticos. O artigo 42, XIII apresenta a transparência na realização de contratação de terceiros, além da necessária supervisão, sendo circunstâncias que serão avaliadas em caso de ocorrência de algum ilícito penal previsto na Lei nº 12.846/2013.

Ressalta-se que não apenas pessoas jurídicas de direito privado estão subordinadas ao disposto no Decreto nº 8.420/2015, mas também empresas públicas e sociedades de economia mista. Condutas éticas e sustentáveis, além de agir conforme a lei devem pautar todos os comportamentos, contudo o Decreto nº 8.420/2015 demonstra a necessidade de ajustes a fim de auxiliar na implementação de Programas de Compliance em todos os tipos de regime jurídico empresarial.

Contudo, apesar dos seus avanços, o presente decreto e mesmo a Lei Anticorrupção tratam apenas da responsabilização civil de natureza civil e administrativa, não trazendo avanços na responsabilidade criminal.

Considerações Finais

Constatou-se que a Lei Anticorrupção não foi uma iniciativa pioneira ou isolada, vez que se apresentou como o reflexo de posturas já adotadas no Brasil, como por exemplo, acordos internacionais recepcionados pelo Brasil que visam o combate à corrupção. Quanto aos seus avanços encontrados, citam-se a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica; previsão de punibilidade por atos lesivos cometidos contra a administração pública estrangeira praticados pela pessoa jurídica brasileira; possibilidade de buscar em juízo a incidência das sanções não aplicadas no processo administrativo pela autoridade administrativa omissa; tipificação de atos de

23 COASE, Ronald H. A firma, o mercado e o direito. Trad. Heloisa Gonçalves Barbosa. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2017.

corrupção que anteriormente não eram previstos; “a provável quebra do ciclo vicioso da corrupção nas relações entre as empresas privadas e o Estado; o consequente surgimento de uma nova cultura empresarial contra a corrupção; a indução de uma possível redução das crises econômica e política geradas pela endêmica corrupção existente no país”²⁴.

Independente de qual cenário positivo ou negativo é evidente a contribuição da Lei Anticorrupção ao apresentar avanços primordiais atinentes a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica por atos lesivos e o controle estatal exercido por meio de novos mecanismos.

A corrupção não possui caráter econômico, encontrando a sua prática no meio político através da realização da exploração de prestígio e na conduta desviada com o objetivo de obter a vantagem de natureza política, incide da mesma forma, na prática da corrupção; e ainda, ela é o próprio mal em si que se alastra pela sociedade, de modo que a própria sociedade favorece para a continuidade dos atos de corrupção ao não fiscalizar os processos licitatórios, não fiscalizar a Administração Pública, não solicitar prestação de contas, entre outros atos de cidadania.

A busca da implementação da Lei Anticorrupção em conjuntura com Programas de Compliance pode representar surpresa positiva na seara em que a prática do ilícito apresenta-se vantajosa, ao prevenir a dilapidação do patrimônio e repreender com rigor os corruptos e corruptores. Com relação ao Decreto nº 8.420/2015, ressalta-se que não apenas pessoas jurídicas de direito privado estão subordinadas, mas também empresas públicas e sociedades de economia mista e que apesar dos seus avanços, tal decreto e a Lei Anticorrupção não trouxeram avanços quanto a Responsabilidade Criminal.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Trad. Luciano Ferreira de Souza. São Paulo: Martin Claret, 2015.

BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes; FERREIRA, Daniel. Atividade empresarial e cidadania: críticas à lei anticorrupção brasileira. in *Revista Jurídica*. V. 03, n. 44. Curitiba: 2016, p. 451 - 472. Disponível em: <<https://docs.google.com/viewerng/viewer?url=http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/viewFile/1817/1193>>. Acesso em: 25/06/2020.

BRASIL. Decreto-lei Nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 23/05/2019.

CARVALHOSA, Modesto. *Considerações sobre a Lei Anticorrupção das pessoas jurídicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

COASE, Ronald H. *A firma, o mercado e o direito*. Trad. Heloisa Gonçalves Barbosa. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2017.

²⁴ BERTONCINI, FERREIRA, in *Revista Jurídica*, 2016, p. 454. Acesso em: 25/06/2020.

GUARAGNI, Fábio André; CAMBI, Eduardo Augusto Salomão. Apresentação. in GUARAGNI, Fábio André (Coord.); CAMBI, Eduardo Augusto Salomão (Coord.); BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes (Org.). Lei Anticorrupção: comentários à Lei 12.846/2013. São Paulo: Almedina, 2014.

HAYASHI, Felipe Eduardo Hideo. Corrupção: combate transnacional, compliance e investigação criminal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

KEYNES, John Maynard. Teoria geral do emprego, do juro e da moeda. Trad. Manuel Resende. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARIA SOBRINHO, Fernando Martins. GUARAGNI, Fábio André. A natureza da contribuição da pessoa jurídica na apuração das infrações previstas na lei anticorrupção. in Revista Jurídica. V. 01, n. 38. Curitiba: 2015, p. 349 - 366. Disponível em: <<https://docs.google.com/viewerng/viewer?url=http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/viewFile/1424/967>>. Acesso em: 25/06/2020.

MARTINS JR., Wallace Paiva. Probidade administrativa. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PESTANA, Marcio. Licitações Públicas no Brasil: exame integrado das Leis 8.666/1993 e 10.520/2002. São Paulo: Atlas, 2013.

PETRELLUZZI, Marco Vinicio; RIZEK JUNIOR, Rubens Naman. Lei Anticorrupção: origens, comentários e análise da legislação correlata. São Paulo: Saraiva, 2014.

SANTOS JR, Belisário dos; PARDINI, Isabella Leal. Lei anticorrupção gera incertezas, mas consolida necessidade do compliance. Revista interesse nacional. Ano 6, n. 24, jan./mar. 2014, p. 8. Disponível em: <<http://interessenacional.com/index.php/edicoesrevista/lei-anticorruptao-gera-incertezas-mas-consolida-a-necessidade-docompliance/>>. Acesso em: 24/06/2020.

TOKARS, Fabio. Das falhas de mercado às falhas de estado. in Revista Jurídica. V. 21, n. 5. Curitiba: 2008, p. 143 - 162. Disponível em: <<https://docs.google.com/viewerng/viewer?url=http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/viewFile/125/98>>. Acesso em: 24/06/2020.

VERÍSSIMO, Carla. Compliance incentivo à adoção de medidas anticorrupção. São Paulo: Saraiva, 2017.

Aplicações da tecnologia blockchain para efetivação de direitos humanos

Blockchain technology applications for the effectiveness of human rights

Lorena Ferrer Sorrilha¹

Edson Freitas de Oliveira²

Sumário: 1. Introdução; 2. A tecnologia blockchain e os direitos humanos; 2.1 Rastreamento das cadeias de produção e o direito ao trabalho digno; 2.2 Votações em blockchain e o direito de participação política; 2.3 Smart contracts e direitos autorais; 3. Desafios e riscos; 4. Regulamentação da plataforma; 5. Considerações Finais.

Resumo: A presente pesquisa objetiva o estudo de novas aplicações da tecnologia blockchain, um sistema descentralizado, transparente e imutável, geralmente utilizado em registros de transações de criptomoedas, porém capaz de contribuir para a efetivação de determinados direitos humanos. Por meio do método indutivo e de levantamento bibliográfico, avalia como esta inovação pode ser utilizada para assegurar o direito ao trabalho digno e a vedação ao trabalho escravo e à servidão, o direito de participação política e o direito à proteção dos interesses decorrentes de produções científicas, literárias ou artísticas. Para tanto, investiga como o blockchain pode ser útil para outras finalidades, tais como fiscalização da origem e fabricação de mercadorias através de sistemas de rastreamento de cadeias de produção, criação de novas formas de votação e valorização dos detentores de direitos autorais por meio dos smart contracts. Apresenta quais desafios econômicos, sociais, ambientais e regulatórios devem ser enfrentados pelos seus usuários e governos. A partir desta análise, são vislumbradas possíveis alternativas para contornar esses impasses. Ademais, são discutidas estratégias a serem adotadas pelas autoridades centrais e pelos reguladores da plataforma, que, por se diferenciar das redes centralizadas, exige um exame pormenorizado de suas particularidades e seu desenvolvimento para, então, ser regulamentada.

Palavras-chave: Blockchain; Direitos Humanos; Novas Tecnologias.

Abstract: The present research aims to study new applications of blockchain technology, a decentralized, transparent and immutable system, generally used in the registration of cryptocurrency transactions, but capable of contributing to the effectiveness of certain human rights. Through the inductive method and bibliographic survey, it assesses how this innovation can be used to ensure the right to decent work and the prohibition of slave labor and serfdom, the right to political participation and the right to protection of interests arising from scientific, literary or artistic production. To this end, it investigates how blockchain can be useful for other purposes, such as monitoring the origin and manufacturing of goods through production chain tracking systems, creating new ways of voting and valuing copyright holders through smart contracts. It presents what economic, social, environmental and regulatory challenges must be faced by their users and governments. From this analysis, possible alternatives are envisaged to overcome these impasses. In addition, there are discussions about the strategies to be adopted by the central authorities and the regulators of the platform, which requires a detailed examination of its particularities and its development to be regulated once it differs from centralized networks.

Keywords: Blockchain; Human Rights; New Technologies.

1 Graduanda do curso de Direito do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente - SP, onde é pesquisadora bolsista do grupo "Constitucionalismos e Direitos Fundamentais". E-mail: lo.ferrer@hotmail.com.

2 Professor e Coordenador de Pós-Graduação do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente - SP. Doutorando pela UNIMAR - Universidade de Marília. Mestre em Direito pela Instituição Toledo de Ensino de Bauru. Advogado. Contador. E-mail: edson_freitas@toledoprudente.edu.br.

1. Introdução

A tecnologia blockchain é normalmente associada às criptomoedas, sendo a bitcoin a principal delas³. Contudo, graças à descentralização, garantida pela ausência de intermediários, transparência e imutabilidade desta inovação, seu emprego pode ser a resposta não somente para transações confiáveis, mas também a solução para inúmeros impasses negociais do mundo moderno ou a reforma de certos modelos tradicionais.

Em vista disso, têm sido desenvolvidas novas aplicações para o blockchain, que envolvem desde recursos mais conhecidos, como os smart contracts, até aplicativos voltados à demanda eleitoral, capazes de reinventar a maneira de votar, além de sistemas para rastreamento de cadeias de produção.

Este trabalho buscou investigar, por meio do método indutivo e de levantamento bibliográfico, como aplicar a tecnologia blockchain de modo a resguardar determinados direitos humanos, analisar eventuais problemas e riscos que a plataforma pode oferecer e como contorná-los, e identificar formas de regulamentar seu uso.

2. A tecnologia blockchain e os direitos humanos

O blockchain apresenta características que permitem que essa tecnologia seja explorada nas mais diversas áreas, trazendo maior confiança, segurança e transparência, fatores que podem não só atrair consumidores, mas também preservar direitos humanos, os quais, segundo Valerio de Oliveira Mazzuoli⁴, são “direitos indispensáveis a uma vida digna e que, por isso, estabelecem um nível protetivo (standard) mínimo que todos os Estados devem respeitar, sob pena de responsabilidade internacional”.

2.1. Rastreamento das cadeias de produção e o direito ao trabalho digno

Os artigos 4º e 23, § 1º, da Declaração Universal dos Direitos Humanos⁵ preveem, respectivamente, a vedação à escravidão ou servidão e o direito a condições justas e favoráveis de trabalho. Isso significa que os empregadores não podem permitir jornadas exaustivas e remunerações inadequadas, devendo proporcionar condições dignas de trabalho⁶. Apesar disso, ainda há empresas que se utilizam de trabalho análogo à escravidão e consumidores que ignoram essas condições por desconhecerem o processo de produção.

A gigante do e-commerce Amazon registrou a patente de um sistema para rastrear a cadeia de suprimentos. A tecnologia utilizada para tanto foi o blockchain. O sistema rastreia mercadorias em seu trajeto na cadeia, o que permite verificar a

3 Este estudo, em razão dos limites inerentes ao formato de artigo, não examina o funcionamento da tecnologia blockchain. Para um estudo aprofundado sobre o tema, recomenda-se a leitura das obras mencionadas nas referências bibliográficas que tratam desta matéria

4 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Curso de direitos humanos. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020, p. 21.

5 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos. 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 28 dez. 2020.

6 PIOVESAN, Flávia. Temas de Direitos Humanos. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 251.

autenticidade dos produtos. Além disso, também podem ser aplicadas “regras para testes e certificação, como garantir a qualidade do item através da cadeia de suprimentos ou exigir determinadas etapas de certificação antes que o item possa continuar avançando”⁷.

Uma ferramenta semelhante foi criada pela WWF em parceria com a BCG Digital Ventures para rastrear a sustentabilidade dos alimentos: a OpenSC, que, ao introduzir um código blockchain no ponto de origem para fornecer informações a todos, objetiva “ajudar empresas e consumidores a evitar produtos ilegais, prejudiciais ao meio ambiente ou antiéticos”⁸.

Além de fiscalizar o cumprimento de obrigações ambientais, sistemas em blockchain, por serem transparentes, são capazes de identificar produtos feitos com trabalho escravo ou infantil. Essas e outras informações estariam ao alcance dos consumidores por meio de QR Code, assim como a WWF esclareceu para a Forbes⁹. Ou seja, o destinatário final tem acesso aos dados sobre a origem da mercadoria e o caminho que ela percorreu ao analisar sua embalagem, o que é capaz de interferir em suas escolhas.

2.2. Votações em blockchain e o direito de participação política

Apesar de o Brasil realizar eleições através de urnas eletrônicas, um meio comprovadamente seguro, este recurso não é utilizado com frequência ao redor do mundo. Por muitas vezes, países empregam métodos mais simples e, conseqüentemente, as votações se tornam mais suscetíveis a fraudes eleitorais, violando o direito de participação política, disposto no artigo 21 da Declaração Universal dos Direitos Humanos¹⁰. E como afirma Flávia Piovesan¹¹, “o pleno exercício dos direitos políticos é capaz de implicar o ‘empoderamento’ das populações mais vulneráveis, o aumento de sua capacidade de pressão, articulação e mobilização políticas”.

O blockchain pode se mostrar como uma solução para esta questão. E o Neutral Voting Bloc é um exemplo disso, por ser um aplicativo em que “autoridades eleitas são instruídas a votar pelos participantes no blockchain, para que os eleitores sempre controlem as ações parlamentares de maneira aberta e transparente”¹².

Todas as propriedades do blockchain o tornam um meio seguro, capaz de garantir uma participação mais efetiva da população. Alguns objetivam atingir com isso a chamada “democracia líquida”.

7 ZMUDZINSKI, Adrian. Amazon registra patente de sistema em blockchain para rastreamento da cadeia de suprimentos. Cointelegraph Brasil. 30 mai. 2020. Disponível em: <https://cointelegraph.com.br/news/amazon-patented-a-blockchain-system-for-supply-chain-tracking>. Acesso em: 26 jun. 2020.

8 BLOCKCHAIN vai rastrear sustentabilidade de alimentos. Forbes Brasil. 04 fev. 2019. Disponível em: <https://forbes.uol.com.br/colunas/2019/02/blockchain-vai-rastrear-sustentabilidade-de-alimentos/>. Acesso em: 27 jun. 2020.

9 Ibidem.

10 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos. 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 28 dez. 2020.

11 PIOVESAN, Flávia. Temas de Direitos Humanos. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 266.

12 SAMMAN, George. True Democracy: World's First 'Political App' Blockchain Party Launches in Australia. Cointelegraph. 28 mai. 2015. Disponível em: <https://cointelegraph.com/news/true-democracy-worlds-first-political-app-blockchain-party-launches-in-australia>. Acesso em: 01 jul. 2020.

Para Don e Alex Tapscott¹³: “Democracia líquida, também chamada de democracia delegativa, permite aos cidadãos o máximo de customização e personalização da experiência democrática. [...] A sua opinião é sempre bem-vinda, mas não é essencial para manter o país funcionando”. Segundo eles, é possível a criação de um sistema em que os eleitores, considerando o tópico em pauta, indicam especialistas para votar¹⁴.

Em vista disso, torna-se evidente que o blockchain é um potencial transformador, não somente de eleições, mas também de governos. Ademais, cada país pode adequar o uso desta tecnologia ao seu sistema eleitoral, dada a pluralidade de alternativas para sua aplicação.

Por outro lado, não se pode desconsiderar o fato de que votações realizadas através de aplicativos podem excluir eleitores alheios a esta nova era digital. Segundo o IBGE, aproximadamente 46 milhões de brasileiros não tinham acesso à internet em 2018¹⁵. Além disso, as interferências externas, como a compra de votos, ocorreriam com maior facilidade. Surge, então, o seguinte questionamento: até que ponto o Estado deve agir para proteger o eleitor?

É fácil perceber, porém, que não se pode interromper o processo de desenvolvimento de novas tecnologias e, em breve, elas inevitavelmente atingirão o sistema eleitoral, podendo inclusive substituir as urnas eletrônicas. Não se sabe quanto tempo poderia levar a consolidação de um novo modelo eleitoral pautado em blockchain, mas é possível imaginar os contornos de um cenário de transição em que, gradativamente, a tecnologia blockchain substituiria os mecanismos atualmente utilizados em eleições.

No que tange às fraudes eleitorais, é inegável que países como o Brasil, onde a concentração de renda e desigualdade social influem diretamente nas eleições, necessitam disseminar a educação política a fim de evitar práticas como a compra de votos.

2.3. Smart contracts e direitos autorais

Os smart contracts – ou contratos inteligentes – são uma das mais conhecidas e exploradas aplicações do blockchain. São contratos autoexecutáveis, ou seja, com cláusulas contratuais que são executadas de forma automática quando satisfeitas condições programadas previamente¹⁶.

É importante registrar que o ideal é que os códigos dos smart contracts sejam simples – quando são complexos, os riscos de falhas na execução ou produção de

13 TAPSCOTT, Don; TAPSCOTT, Alex. Blockchain revolution: como a tecnologia por trás do Bitcoin está mudando o dinheiro, os negócios e o mundo. 1. ed. São Paulo: SENAI – SP Editora, 2016, p. 263.

14 Ibidem, p. 264.

15 SILVEIRA, Daniel. Em 2018, quase 46 milhões de brasileiros ainda não tinham acesso à internet, aponta IBGE. G1 – O portal de notícias da Globo. 29 abr. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/2020/04/29/em-2018-quase-46-milhoes-de-brasileiros-ainda-nao-tinham-acesso-a-internet-aponta-ibge.ghtml>. Acesso em: 14 de out. 2020.

16 FAZANO FILHO, José Humberto. Perspectivas para a tecnologia blockchain. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, vol. 81, p. 141-158, 2018.

resultados divergentes da expectativa inicial são maiores. David Schetman¹⁷ esclarece que a complexidade do acordado entre as partes também enseja maiores custos de manutenção, já que este fator é considerado para definição da remuneração dos autenticadores. Além disso, o blockchain apresenta como algumas de suas principais características a imutabilidade e a publicidade, o que impede que os contratos sejam sigilosos ou admitam flexibilização de suas cláusulas.

Ainda assim, esta inovação pode ser empregada para atender a uma variedade de propósitos. No que se refere à efetivação de direitos, os smart contracts podem proteger os interesses morais e materiais decorrentes de produções científicas, literárias ou artísticas, direito mencionado no artigo 27, § 2º, da Declaração Universal dos Direitos Humanos¹⁸.

Isso pode ser feito com a formação de um novo sistema em que os artistas sejam devidamente valorizados pelo seu trabalho, recebendo um valor justo pelas suas produções, além de serem capazes de personalizar a experiência de seus consumidores, como demonstrado por Don e Alex Tapscott¹⁹:

Don e Alex Tapscott²⁰ também apontam que, nesse sistema, é possível “ver quanta receita uma música está gerando, o timing e a magnitude dos fluxos da receita e quem está recebendo qual porcentagem” graças à transparência proporcionada pelo blockchain.

3. Desafios e riscos

Como qualquer inovação, o blockchain traz consigo uma série de novos desafios a serem superados a fim de que o usuário desfrute plenamente da tecnologia de maneira segura. E algumas dessas adversidades surgem justamente dessa relação entre usuário e plataforma. Isso porque uma das características intrínsecas do ser humano é a sujeição a erros. O blockchain, por sua vez, não tolera falhas: se o usuário, por exemplo, equivoca-se ao designar o valor do pagamento, não terá direito a reembolso algum. Trata-se de um “livro-razão imutável” e, portanto, as transações que nele ocorrem são irreversíveis.

Mas, antes de tudo, é preciso que o usuário saiba lidar com o blockchain. O processo de aprendizagem e adaptação não será fácil, posto que a plataforma apresenta certo grau de complexidade e, de acordo com William Mougayar²¹, os indivíduos qualificados são insuficientes, sendo imprescindível a participação de apoiadores e especialistas.

Também não se pode deixar de lado o fato de que algumas pessoas sequer possuem recursos básicos para ter acesso à internet. Ignorar essa realidade apenas

17 SCHECHTMAN, David Casz. Introdução a Smart Contracts. Revista de Direito e as Novas Tecnologias, vol. 04, 2019.

18 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos. 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 28 dez. 2020.

19 TAPSCOTT, Don; TAPSCOTT, Alex. Blockchain revolution: como a tecnologia por trás do Bitcoin está mudando o dinheiro, os negócios e o mundo. 1. ed. São Paulo: SENAI – SP Editora, 2016, p. 278-279.

20 Ibidem, p. 280.

21 MOUGAYAR, William. Blockchain para negócios: promessa, prática e aplicação da nova tecnologia da internet. Trad. Vivian Sbravatti. 1. ed. Rio de Janeiro: Alta Books, 2017, p. 80.

acentuaria as desigualdades sociais quando, na verdade, pretende-se promover a inclusão e a concretização de direitos através dessa tecnologia.

Além disso, nem todos detêm ambições legais para a plataforma. Don e Alex Tapscott²² pontuam que o blockchain também se mostra como uma nova ferramenta para cometimento de crimes. Segundo eles, opositores costumam associar a bitcoin à lavagem de dinheiro e à compra de mercadorias ilícitas. Mas, por outro lado, “As autoridades em geral acreditam que as moedas correntes digitais podem ajudar na aplicação da lei, fornecendo um registro de atividades suspeitas, talvez até resolvendo uma infinidade de crimes cibernéticos [...]”²³.

Um dos fatores cruciais para determinar os rumos desta inovação é a forma como os governos reagirão. Klaus Schwab²⁴ argumenta que as tecnologias digitais tendem a melhorar a forma de governar, promovendo transparência e responsabilização dos governos, além de permitir que todos exerçam influência. Para ele, “Os governos devem também se adaptar ao fato de que o poder também está passando dos atores estatais para os não estatais e de instituições estabelecidas para redes mais abertas”²⁵.

Infelizmente, por ser um registro descentralizado e impulsionar mudanças de paradigma, o blockchain é normalmente visto como uma ameaça pelas autoridades governamentais, que tendem a refrear seu avanço e limitar possibilidades sob o argumento de estarem protegendo a população ao fazê-lo. O resultado disso é uma interpretação deturpada do blockchain, que influi diretamente na forma como a tecnologia será regulamentada.

Por fim, é importante registrar o impacto do blockchain em questões ambientais e econômicas, principalmente no que tange ao consumo de energia e desemprego.

Estimativas do uso de energia da rede variam de 7,31 gigawatts-hora por ano, o que corresponde a aproximadamente 680 residências nos Estados Unidos, até o equivalente ao consumo total de energia da ilha de Chipre. Porém, já são exploradas formas de reaproveitar essa energia, empregando, por exemplo, sistemas de aquecimento que utilizam calor residual de dispositivos de mineração inteligentes²⁶.

No que se refere à sua repercussão sobre os empregos, a tendência é que o blockchain reforce o processo de automação, contribuindo para o desemprego e para a emergência de novos tipos de empregos flexíveis e transitórios, aos quais não são assegurados os direitos de uma relação de emprego contínua, como bem pontua Schwab²⁷. Em contrapartida, para Don e Alex Tapscott²⁸, “o Blockchain e as

22 TAPSCOTT, Don; TAPSCOTT, Alex. Blockchain revolution: como a tecnologia por trás do Bitcoin está mudando o dinheiro, os negócios e o mundo. 1. ed. São Paulo: SENAI – SP Editora, 2016, p. 326.

23 TAPSCOTT, Don; TAPSCOTT, Alex. Blockchain revolution: como a tecnologia por trás do Bitcoin está mudando o dinheiro, os negócios e o mundo. 1. ed. São Paulo: SENAI – SP Editora, 2016, p. 326.

24 SCHWAB, Klaus. A quarta revolução industrial. Trad. Daniel Moreira Miranda. 1. ed. São Paulo: Edipro, 2016, p. 72.

25 Ibidem.

26 KAMINSKA, Izabella. Bitcoin's wasted power – and how it could be used to heat homes. Financial Times. 05 set. 2014. Disponível em: <https://www.ft.com/content/384a349a-32a5-11e4-93c6-00144feabdc0>. Acesso em: 14 nov. 2020.

27 SCHWAB, Klaus. A quarta revolução industrial. Trad. Daniel Moreira Miranda. 1. ed. São Paulo: Edipro, 2016, p. 75-76.

28 TAPSCOTT, Don; TAPSCOTT, Alex. Blockchain revolution: como a tecnologia por trás do Bitcoin está mudando o dinheiro, os negócios e o mundo. 1. ed. São Paulo: SENAI – SP Editora, 2016, p. 320.

criptomoedas poderiam permitir aos empresários levantar capital, proteger bens e propriedade intelectual, e criar empregos, mesmo nas comunidades mais pobres”.

Em síntese, embora sejam numerosos os obstáculos trazidos com a tecnologia, eles podem ser superados. Especialistas estão trabalhando para resolver estes dilemas, e muitas soluções já têm sido apresentadas – podendo se mostrar ainda mais eficazes com o tempo. Isto posto, não há motivos para obstar o avanço dessa plataforma, que, como já dito, tem um enorme potencial transformador.

4. Regulamentação da plataforma

A manifesta dificuldade da disciplina jurídica em acompanhar o desenvolvimento de novas tecnologias e sua consequente omissão em relação a essas matérias costuma preocupar os operadores do direito, que têm de buscar outras alternativas para lidar com questões inéditas. Mougayar²⁹, porém, acredita que o atraso na regulamentação do blockchain é desejável, visto que permite uma análise mais adequada dessa plataforma tão peculiar: “Eles saberão se adaptar quando o fornecedor de confiança for um blockchain, ou um novo tipo de intermediário que não se encaixa no modelo anterior de regulamentação de gargalos centrais?”.

A despeito da congruência desta estratégia, é imprescindível planejar a regulamentação enquanto são definidos os contornos deste novo quadro. E há uma razão para isso: segundo Schwab³⁰, “os governos e as regiões que conseguirem estabelecer as melhores normas internacionais para o futuro em relação às principais categorias e campos da economia digital [...] colherão grandes benefícios econômicos e financeiros”.

Destarte, ante a incerteza gerada por uma tecnologia ainda em ascensão, o ideal é aguardar e observar sua evolução para que, então, seja possível determinar como sua regulamentação deve ser feita, quem deve fazê-la e como vincular os usuários a estas normas.

5. Considerações Finais

O blockchain, entre tantas novidades tecnológicas, revela-se como um poderoso mecanismo transformador ao proporcionar segurança, confiança e transparência, o que é possível graças à descentralização da plataforma e à imutabilidade das informações registradas. Dessa forma, há inúmeras promessas para essa inovação, que pode ser aplicada inclusive para garantir direitos humanos.

Como restou demonstrado, o blockchain pode auxiliar na fiscalização de mercadorias na cadeia de produção, tornar as eleições mais seguras e aumentar a participação política, além de contribuir para valorização de artistas e preservação de direitos autorais através dos smart contracts.

Sob outra perspectiva, a tecnologia apresenta inúmeros problemas – sejam eles

29 MOUGAYAR, William. Blockchain para negócios: promessa, prática e aplicação da nova tecnologia da internet. Trad. Vivian Sbravatti. 1. ed. Rio de Janeiro: Alta Books, 2017, p. 82.

30 SCHWAB, Klaus. A quarta revolução industrial. Trad. Daniel Moreira Miranda. 1. ed. São Paulo: Edipro, 2016, p. 78.

advindos de questões sociais, econômicas, ambientais ou regulatórias – que ainda carecem de soluções adequadas. Todavia, já se notam iniciativas para superar essas dificuldades por parte dos especialistas, cujas ideias tendem a ser aprimoradas com o tempo.

Os governos, por sua vez, também devem estar preparados para lidar com os efeitos do blockchain, mas, por ora, devem apenas permitir que ele avance sem intervenções desmedidas e regulamentações desnecessárias, favorecendo o máximo de aproveitamento que essa tecnologia pode oferecer.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BLOCKCHAIN vai rastrear sustentabilidade de alimentos. Forbes Brasil. 04 fev. 2019. Disponível em: <https://forbes.uol.com.br/colunas/2019/02/blockchain-vai-rastrear-sustentabilidade-de-alimentos/>. Acesso em: 27 jun. 2020.

FAZANO FILHO, José Humberto. Perspectivas para a tecnologia blockchain. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, vol. 81, p. 141-158, 2018.

KAMINSKA, Izabella. Bitcoin's wasted power – and how it could be used to heat homes. Financial Times. 05 set. 2014. Disponível em: <https://www.ft.com/content/384a349a-32a5-11e4-93c6-00144feabdc0>. Acesso em: 14 nov. 2020.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Curso de direitos humanos. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020.

MOUGAYAR, William. Blockchain para negócios: promessa, prática e aplicação da nova tecnologia da internet. Trad. Vivian Sbravatti. 1. ed. Rio de Janeiro: Alta Books, 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos. 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 28 dez. 2020.

PIOVESAN, Flávia. Temas de Direitos Humanos. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SAMMAN, George. True Democracy: World's First 'Political App' Blockchain Party Launches in Australia. Cointelegraph. 28 mai. 2015. Disponível em: <https://cointelegraph.com/news/true-democracy-worlds-first-political-app-blockchain-party-launches-in-australia>. Acesso em: 01 jul. 2020.

SCHECHTMAN, David Casz. Introdução a Smart Contracts. Revista de Direito e as Novas Tecnologias, vol. 04, 2019.

SCHWAB, Klaus. A quarta revolução industrial. Trad. Daniel Moreira Miranda. 1. ed. São Paulo: Edipro, 2016.

SILVEIRA, Daniel. Em 2018, quase 46 milhões de brasileiros ainda não tinham acesso à internet, aponta IBGE. G1 – O portal de notícias da Globo. 29 abr. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/2020/04/29/em-2018-quase>

46-milhoes-de-brasileiros-ainda-nao-tinham-acesso-a-internet-aponta-ibge.ghtml. Acesso em: 14 de out. 2020.

TAPSCOTT, Don; TAPSCOTT, Alex. Blockchain revolution: como a tecnologia por trás do Bitcoin está mudando o dinheiro, os negócios e o mundo. 1. ed. São Paulo: SENAI – SP Editora, 2016.

ZMUDZINSKI, Adrian. Amazon registra patente de sistema em blockchain para rastreamento da cadeia de suprimentos. Cointelegraph Brasil. 30 mai. 2020. Disponível em: <https://cointelegraph.com.br/news/amazon-patented-a-blockchain-system-for-supply-chain-tracking>. Acesso em: 26 jun. 2020.

Os Standards ISO como modelos para autorregulação regulada

ISO Standards As Models For Regulated Self-Regulation

Wilson Engelmann¹

Patricia S. Martins²

Sumário: 1. A ISO e o Sistema de Normalização para Gestão; 2. Requisitos e Princípios das Normas ISO 9001 e ISO 31000 e as Conexões com Princípios de Direito; 3. A Autorregulação Regulada: Normas Técnicas ISO como Modelo Regulatório para Nanotecnologias; Considerações Finais.

Resumo: O presente artigo tem por objetivo estudar a atuação na produção de normalização técnica da ISO, especialmente adentrar aos requisitos e princípios de normas técnicas de gestão como a NBR ISO 31000 e a NBR ISO 9001. Analisar o impacto da produção normativa e observar os critérios de adoção, para vislumbrar hipótese de que a adoção das normas ISO possa representar um modelo regulatório eficiente diante de cenários de inovação que se apresentam disruptivos. Além disso, também se propõe a estudar o conceito de autorregulação, autorregulação regulada e, analisar as conexões entre estes modelos e o atual cenário de produção normativa, Estatal e privada, especialmente voltados às nanotecnologias. A partir destes conceitos, será possível encontrar um possível vínculo entre a produção normativa Estatal e, possibilidades de que a produção normativa de entidades privadas, representem igualmente instrumentos jurídicos, com observância às Constituições nacionais, e, conseqüentemente compreender como ocorre a sua imposição ao mercado, pelos atores privados, e, repercussões jurídicas para toda a sociedade. Com apoio em diferentes cenários tecnológicos e econômicos é possível observar que, empresas transnacionais, organizações internacionais dentre outras, adotam condutas proativas autorregulatórias e, já não aguardam mais pelos Estados Nacionais para a regulamentação de suas atividades. Assim, adotando critério de conexão entre os princípios jurídicos e princípios das normas técnicas, é possível reconhecer a eficiência das condutas de autorregulação regulada, por parte de atores privados, que fomentam o desenvolvimento, o que assegura um patamar regulatório juridicamente seguro, em cenários de ausência de marcos regulatórios específicos para inovação e nanotecnologias.

Palavras-chave: Normas Técnicas ISO; Autorregulação; Nanotecnologias.

Abstract: This article aims to study the performance in the production of ISO technical standardization, especially to adhere to the requirements and principles of technical management standards such as NBR ISO 31000 and NBR ISO 9001. Analyze the impact of normative production and observe the adoption criteria, in order to glimpse the hypothesis that the adoption of ISO standards may represent an efficient regulatory model in the face of disruptive innovation scenarios. In addition, it also proposes to study the concept of self-regulation, regulated self-regulation and to analyze the connections between these models and the current scenario of normative, State and private production, especially with a focus on nanotechnologies. From these concepts, it will be possible to find a possible link between the State normative production and possibilities that the normative production of private entities, also represent legal instruments, in compliance with national Constitutions, and, consequently, understand how their imposition on the market occurs, by private actors, and legal repercussions for the whole society. With support in different technological and economic scenarios, it is possible to observe that transnational companies, international organizations, among others, adopt self-regulatory proactive behaviors and no longer wait for National States to regulate their activities. Thus, by adopting a connection criterion between the legal principles and the principles of technical norms, it is possible to recognize the efficiency of regulated self-regulation behaviors, by private actors, which foster development, which ensures a legally secure regulatory level, in scenarios of absence of specific regulatory frameworks for innovation and nanotechnologies.

Keywords: ISO Technical Standards; Self-regulation; Nanotechnologies.

¹ Professor Doutor e Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado – da Universidade do Vale do Rio dos Sinos/RS. Atualmente é professor deste Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) e da Graduação em Direito da UNISINOS. Líder do Grupo de Pesquisa JUSNANO (CNPq); Bolsista de Produtividade em Pesquisa do CNPq. E-mail: wengelmann@unisinis.br

² Doutoranda pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos/RS, Bolsista CAPES/Proex. Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS/RS, Bolsista do PROEX/CAPES (2016). Membro do Grupo de Pesquisa JUSNANO (CNPq); professora do Curso de Graduação em Direito na Universidade Luterana do Brasil (ULBRA/Torres) RS. E-mail: patricia.mart@hotmail.com.

1. A ISO e o Sistema de Normalização para Gestão

A ISO é uma organização internacional não governamental independente, associada a 165 organismos de normalização nacionais, e que, através de seus membros, possui uma estrutura que envolve equipe de especialistas, aptos a compartilhar conhecimento e desenvolver normas voluntárias de carácter internacional, que possuem como base, o consenso, para alcançar soluções para problemáticas de mercado, com vistas a apoiar a inovação e fornecer soluções aos desafios globais³.

Fundada oficialmente em 1947, desde 1946, em Londres, já reunia 65 delegados de 25 países para discussão sobre o futuro da padronização internacional. Contudo, somente em 1947, oficialmente constituída, passou a ser composta por 67 comitês técnicos. Atualmente possui um Secretariado Central em Genebra na Suíça⁴

As atividades da ISO envolvem além da produção do sistema de normalização, estruturadas em famílias de normas, com aplicação técnica e de conhecimentos específicos tanto da redação, revisão e publicação dos documentos, a elaboração dos processos de divulgação e conscientização pública sobre a importância dos padrões e da padronização. Segundo a própria instituição, A ISO também envolve o público em geral por meio de nosso comitê de consumidores no desenvolvimento de padrões (COPOLCO).⁵

A participação na elaboração, votação e divulgação das normas técnicas ISO é feita através de diferentes categorias de membros, classificados em membros plenos, aqueles que influenciam o desenvolvimento e a estratégia dos padrões ISO, com participação e votação em reuniões técnicas e políticas; os membros correspondentes, que observam o desenvolvimento dos padrões e estratégias com participação nas reuniões técnicas e políticas mas, sem acesso a votação; e, membros assinantes, que se mantêm atualizados sobre o trabalho da ISO, mas não podem participar através de votação, participação em reuniões técnicas e políticas. Estes membros também não possuem acreditação para comercializar as normas técnicas em seus territórios nacionais.⁶

É importante destacar que o trabalho de produção de normas técnicas ISO, possui duas principais classificações, as normas técnicas direcionadas à gestão e, as normas técnicas com foco em especificações. As normas também são distribuídas em famílias, assim, uma família de normas poderá ter inúmeros componentes normativos, respectivamente abarcando todas as temáticas técnicas de um escopo. Por exemplo, a família de Normas ISO para Gestão da Qualidade, identificada no Brasil como a família de normas NBR ISO 9000, que representa um padrão de gestão para diferentes empresas, atividades e organizações. Pertence à família de normas ISO 9000, a NBR ISO 9001:2015 que possui requisitos e princípios para um sistema de gestão para a qualidade, com o objetivo de atender as necessidades de uma empresa

3 INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR STANDARDIZATION. ISO. ABOUT US. Disponível em: < <https://www.iso.org/about-us.html> > Acesso em: 30 dez. 2020.

4 INTERNACIONAL ORGANIZATION FOR STANDARDIZATION. ISO. WHAT WE DO. Disponível em: < <https://www.iso.org/what-we-do.html> > Acesso em: 30 dez. 2020.

5 INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR STANDARDIZATION. ISO. WHAT WE DO. Disponível em: < <https://www.iso.org/what-we-do.html> > Acesso em: 30 dez. 2020.

6 INTERNACIONAL ORGANIZATION FOR STANDARDIZATION. ISO. Members. Disponível em: < <https://www.iso.org/members.html> > Acesso em: 30 dez. 2020.

ou organização, com relação a capacidade de fornecimento de produtos ou serviços, de modo consistente e observando os requisitos legais e regulamentares; através destes requisito que são genéricos e portanto, adaptáveis a quaisquer atividades, se visa elevar a satisfação do cliente e, formatar processos organizacionais de melhoria contínua.⁷

2. Requisitos e Princípios das Normas ISO 9001 – Gestão da Qualidade e ISO 31000 – Gestão de Riscos e as Conexões com Princípios de Direito

Como referido, as normas técnicas destinadas à gestão, indicam requisitos e enunciam princípios de caráter genérico e adaptável a qualquer tipo de atividade, empresa, ou organização. Dentre as normas de gestão, foram escolhidas duas para a exploração de seus conteúdos principiológicos.

Há ainda que se ressaltar que as normas voltadas à gestão, permitem que a empresa adotante de suas práticas, indique o escopo para aplicação da norma, desta forma, a natureza autorregulatória, a relevância da transparência e, a autonomia da vontade devem ser somadas à fidúcia das organizações adotantes, para que processos autorregulatórios por meio de normas técnicas sigam fidedignos à realidade do escopo indicado pelas organizações no momento da adoção.

A NBR ISO 9001:2015 tem por objetivo que empresas possam melhorar seu desempenho no mercado global, ao promover iniciativas de desenvolvimento sustentável, isto ocorre quando empresas e organizações que venham adotar a norma, passam a identificar, informar e gerir a capacidade e suprir de forma consistente aos seus clientes, garantindo o atendimento de padrões legais e regulamentares dos produtos e serviços ofertados. Além disso, demonstrar a gestão quanto à abordagem de riscos e oportunidades, e a capacidade de entregar produtos e serviços em conformidade com os padrões estipulados entre empresa ou organização fornecedora de produtos ou serviços e, seus clientes.⁸

Os princípios da referida norma, detalhados na NBR 9000 são: foco no cliente, engajamento das pessoas, abordagem de processo, melhoria, tomada de decisão baseada em evidências, gestão de relacionamentos dentre outros. Inclui-se na visão principiológica da norma, a chamada mentalidade de risco, que tem a finalidade que uma empresa ou organização, planeje e implemente ações de abordagem de riscos e oportunidades.⁹

Os princípios que indicam foco no cliente, engajamento das pessoas e melhoria, possuem relação direta com a valorização humana e em processos organizacionais, orientados para atender e superar as necessidades dos clientes (internos e externos), fomento de equipes competentes, dedicadas e qualificadas em todos os níveis da empresa ou organização. Logo, são princípios técnicos que, apesar de não ter

7 INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR STANDARDIZATION. ISSO. Abstract ISSO 9001:2015. Disponível em: < <https://www.iso.org/standard/62085.html> > Acesso em: 30 dez. 2020.

8 ABNTCOLEÇÃO. ABNT ISSO 9001:2015. Disponível em:< <https://www.abntcolegao.com.br/unisinos/norma.aspx?ID=345041#> > Acesso em: 30 dez. 2020. ISBN 978-85-07-978-85-07-05801-4. p.3-4

9 ABNTCOLEÇÃO. ABNT ISSO 9001:2015. Disponível em:< <https://www.abntcolegao.com.br/unisinos/norma.aspx?ID=345041#> > Acesso em: 30 dez. 2020. ISBN 978-85-07-978-85-07-05801-4. p.5.

manifestação expressa à observância do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, alcança com seus enunciados, igual desiderato. Assim como o princípio da tomada de decisão baseada em dados, possui relação estreita, apesar de implícita, com as questões que envolvem a responsabilidade da empresa com o direito/dever à informação e transparência.

No tocante à NBR 31000, que contém as diretrizes para a Gestão de Riscos, é possível encontrar a proposta de gestão estruturada em três pilares fundamentais, sendo um deles a liderança e o comprometimento, que envolve uma conduta voltada à integração, comprometimento, avaliação, implementação e melhoria nos processos internos de gestão de riscos. Outro pilar é denominado criação e proteção de valor, que por sua vez, pressupõe a valorização de fatores humanos e culturais, disponibilização de informações fidedignas indicadas pela norma como “melhores informações disponíveis”. Além disso a norma também elenca que a criação e proteção de valor, deve ser dinâmica, inclusiva e personalizada. Quando indica “criação e proteção de valor”, deixa em aberto para que as organizações escolham o conteúdo axiológico com o qual estará se comprometendo, porém, apesar de dar abertura a escolhas da organização, também faz um fechamento ao elencar os fatores humanos e culturais, inclusivos e personalizados.¹⁰

Os princípios da referida norma, são descritos como aptos a possibilitar a identificação, análise, e gestão de riscos em todos os processos. Ao mencionar, por exemplo, que a gestão de risco deve ser parte integrada em todas as atividades dentro da organização. Ressalta que, as melhores informações disponíveis, deve levar em conta o histórico e o atual cenário, bem como expectativas futuras, o que demanda a criação de um banco de informações capaz de ser aproveitado na gestão de riscos em todos os processos, por sua vez, esta condição relaciona-se com o direito/dever à informação, assegurado na Constituição Federal e, em diplomas de proteção ao consumidor como o Código de Defesa do Consumidor – Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990 - (também abarcado em outros ramos do direito, como o Direito do Trabalho, em que é possível verificar a prevalência dos ajustes entre as partes contratantes, pressupondo manifestação de vontade livre, esclarecida e informada¹¹).

Logo, do estudo das duas normas dedicadas à gestão, eleitas para a presente reflexão, percebe-se que há conexões entre suas diretrizes e princípios com direitos assegurados em documentos internacionais e, internalizados no âmbito brasileiro pela Constituição Federal e diplomas especiais, como o Código de Defesa do Consumidor e Consolidação das Leis do Trabalho.

A valorização humana através da adoção de condutas de transparência das empresas e organizações, também pode ser encontrada na Convenção 161 da

10 ABNTCOLEÇÃO. ABNT NBR ISO 31000:2018. Disponível em: < <https://www.abntcolegao.com.br/unisinos/norma.aspx?ID=392334#> > Acesso em: 30 dez. 2020. ISBN 978-85-07-978-85-07-07470-0. p.vi.

11 Sobre a prevalência do diálogo entre as partes contratantes na relação de trabalho, e disponibilizar as melhores informações verificar a Lei 8.213 /91 em seu artigo 19 §3º que dispõe que é dever da empresa prestar as informações pormenorizadas sobre os riscos da atividade. A Consolidação das Leis do Trabalho também dispõe acerca das negociações entre empregados e empregadores, artigo 611-A, estabelecendo limites apenas quanto aos direitos irrenunciáveis, constitucionalmente assegurados no artigo 5º e 7º da Constituição Federal.

Organização Internacional do Trabalho (OIT), ao referir que todos os trabalhadores, tem direito às informações e orientações com relação ao desenvolvimento das atividades¹², logo, as normas técnicas de gestão, possuem conexões principiológicas com documentos internacionais e nacionais (no âmbito brasileiro) que podem ser úteis, considerando-se cenários de ausência de regulação específica, como no caso do desenvolvimento de inovação e tecnologias disruptivas, como as nanotecnologias.

3. A Autorregulação Regulada: Normas Técnicas ISO como Modelo Regulatório para Nanotecnologias

As nanotecnologias são o conjunto de diversas técnicas que possibilitam ao homem a exploração em escala nanométrica, representam, na atualidade o principal foco das pesquisas em diversas áreas do saber, especialmente na saúde¹³. A escala nano representa uma bilionésima parte de um metro e pode ser descrita pela expressão 10⁻⁹.

Com a inexistência de normas nanoespecíficas no âmbito brasileiro, e diante das peculiaridades deste contexto tecnológico, cujas reações físico-químicas podem alterar completamente se comparados aos mesmos materiais em escala macro, cuida-se de preservar a atividade empresária, bem como os consumidores, no curso da empreitada tecnológica para assegurar um desenvolvimento que coloque o homem, a vida, saúde e maior ambiente como destinatários de seus benefícios, com o maior espaço de segurança jurídica possível.

Neste sentido, o desenvolvimento nanotecnológico reclama condutas empresariais orientadas pela transparência e processos informativos que forneçam ao mercado consumidor uma ampla gama de esclarecimentos, desde o que significa a expressão nanotecnologia e o que representa, quanto aos benefícios e incertezas das nanopartículas, até informações quanto às incertezas e riscos derivados da possibilidade de bioacumulação e toxicidade. Assim, falar da ausência de marco regulatório nanoespecífico e, condutas empresariais transparentes, significa dizer que, o desenvolvimento econômico pode ocorrer ainda que o Estado se abstenha na produção normativa.

Esta é a razão pela qual se deve refletir sobre processos de autorregulação. Considerada um agir autônomo que estabelece regras comportamentais como compromisso ético a ser cumprido, busca dar a todas as partes envolvidas a estabilidade quanto aos padrões com que os processos decisórios que envolvem as atividades da empresa, serão orientados. Além disso, por força dos benefícios que podem ser usufruídos e do interesse social comum, tais padrões de conduta expressos nestas regras comportamentais, tornam-se impostos e exigíveis por ambas as partes.¹⁴

12 OIT.ORG. C161 - Occupational Health Services Convention, 1985 (No. 161). Disponível em: < https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C161 > Acesso em: 30 dez. 2020.

13 ENGELMANN, Wilson; MARTINS, Patricia S. As Normas ISO e as Nanotecnologias entre a regulação e o pluralismo jurídico. [E-book] São Leopoldo: Karywa, 2017, p.21-22.

14 HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. Autorregulação, Autorregulamentação e Autorregulamentação Regulamentada no Contexto Digital. Revista da AJURIS – Porto Alegre, v.46, n.146, junho, 2019, p.531.

Esta já é a realidade de diversas áreas de desenvolvimento tecnológico como Inteligência Artificial, nanotecnologias, Tecnologia da Informação, e, são processos autorregulatórios que podem ser observados em grandes corporações e, as chamadas “gigantes da internet” como Amazon, Ebay, dentre outras. São empresas que estabelecem seus códigos de conduta, oferecem serviços e produtos de elevado interesse social e, através do qual, conseguem cumprir padrões normativos legalmente estabelecidos concomitantemente ao cumprimento de condutas autoimpostas que o Estado, por suas características de produção normativa, ainda não tenha legislado de modo específico.¹⁵

Esta é a razão pela qual se diz, autorregulação regulada, pois ainda que o Estado não tenha expressamente produzido legislação especial, e, em alguns casos, em virtude da celeridade das transformações tecnológicas, o agir Estatal seja insuficiente para acompanhar a rapidez do desenvolvimento, os processos de autorregulação podem integrar a proteção de direitos já assegurados e a proteção de bens jurídicos já garantidos por instrumentos constitucionais, por exemplo. Logo, ao autoimpor códigos de conduta e, observar as normas legais de um determinado espaço territorial, o Estado é chamado a participar da relação jurídica autorregulatória apenas quando, do seu descumprimento, resultar dano ou ameaça de dano a uma das partes.

A este processo de balizador das relações privadas que nascem da autorregulação é possível denominar autorregulação regulada. O Estado é chamado a participar, porém não na etapa de produção normativa, somente para harmonizar os interesses quando determinados padrões forem descumpridos. A autonomia na produção normativa reflete o quanto o direito resulta sem efetividade porque as empresas possuem possibilidades mais consideráveis de estipular padrões técnicos. Além disso, a produção normativa neste cenário, por serem mais específicas, resultam em elevado padrão de adesão social, consequentemente, maior eficiência normativa.

Neste sentido as Normas ISO, possuem características relevantes para assegurar a autorregulação. A primeira delas é o grau de publicidade e abrangência internacional, o reconhecimento e credibilidade dos padrões técnicos desenvolvidos. Também se verifica a possibilidade de que seja um modelo autorregulatório eficiente, pois apesar de indicar requisitos, deixa abertura para que as organizações possam fazer a adequação necessária a diferentes tipos de atividades, na prestação de serviços e desenvolvimento de produtos. Por fim, funcionam como uma família de normas, que interligadas entre si, forma uma rede de requisitos e princípios a fim de colaborar com a maximização dos sistemas de gestão, em todos os processos dentro da empresa, de modo informativo, inclusive e participativo pela atuação da alta direção e dos colaboradores em todos os níveis.

Considerações Finais

O presente estudo teve por objetivo conhecer, explorar e compreender a atividade de produção de normas técnicas da ISO e como se estruturam e são

¹⁵ HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. Autorregulação, Autorregulamentação e Autorregulamentação Regulamentada no Contexto Digital. Revista da AJURIS – Porto Alegre, v.46, n.146, junho, 2019, p.531-532.

desenvolvidas as normas técnicas, especialmente as de gestão (de Qualidade e Riscos, respectivamente NBR ISO 9001 e ISO 31000), bem como analisar os requisitos das referidas normas técnicas, como estão dispostas e quais as possibilidades ofertadas para que empresas, através da autorregulação, adotem códigos de conduta nos quais, firme determinados pactos sociais, econômicos e contratuais.

Também integrou o foco do estudo, identificar e distinguir a autorregulação e autorregulação regulada, em sistemática híbrida de participação estatal no âmbito de produção normativa privada, em que o Estado, em casos de inércia legislativa que provoque ausência de normas específicas para nanotecnologias, participe apenas na solução do conflito de interesses, decorrentes do descumprimento das normas técnicas adotadas.

Considerando-se a adoção de normas técnicas produzidas pela ISO, também foi possível verificar que seus princípios coadunam-se com princípios de direito, já elencados em documentos legais de ordem internacional (e nacional, no caso do Brasil) o que acrescenta ao processo autorregulatório a credibilidade de estar orientado pelo cumprimento voluntário dos parâmetros legais que visam proteger bens jurídicos já tutelados (no caso das nanotecnologias: a vida, a saúde, o meio ambiente).

Ademais, quaisquer iniciativas autorregulatórias necessitam de processos informativos bem orientados e, pelos quais as organizações e empresas que venham se auto impor normas de conduta, possam demonstrar a transparência dos processos de desenvolvimento nanotecnológico e, ao mesmo tempo observar com o direito/dever à informação.

Neste sentido, pelas peculiaridades das nanotecnologias, que apresentam de variações físico-químicas dos materiais, diferentes daquelas até então conhecidas em escala macro, e, considerando-se a celeridade do desenvolvimento, é possível afirmar que a insuficiência do Estado em produzir legislação específica não representa um impedimento ao desenvolvimento, uma vez que as Normas Técnicas ISO, por seus requisitos e princípios, poderão ser adotadas em caráter voluntário, independente de posterior certificação, como modelo regulatório informativo, juridicamente contextualizado e, economicamente relevante, face à velocidade com que a sociedade, se coloca à disposição dos benefícios das nanotecnologias.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABNTCOLEÇÃO. ABNT ISO 9001:2015. Disponível em: < <https://www.abntcolecao.com.br/unisinos/norma.aspx?ID=345041#> > Acesso em: 30 dez. 2020. ISBN 978-85-07-978-85-07-05801-4. p.3-4

ABNTCOLEÇÃO. ABNT ISO 9001:2015. Disponível em: < <https://www.abntcolecao.com.br/unisinos/norma.aspx?ID=345041#> > Acesso em: 30 dez. 2020. ISBN 978-85-07-978-85-07-05801-4. p.5.

ABNTCOLEÇÃO. ABNT NBR ISO 31000:2018. Disponível em: < <https://www.abntcolecao.com.br/unisinos/norma.aspx?ID=392334#> > Acesso em: 30 dez. 2020.

ISBN 978-85-07-978-85-07-07470-0. p.vi.

ENGELMANN, Wilson; MARTINS, Patricia S. As Normas ISO e as Nanotecnologias entre a regulação e o pluralismo jurídico. [E-book] São Leopoldo: Karywa, 2017, p.21-22.

HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. Autorregulação, Autorregulamentação e Autorregulamentação Regulamentada no Contexto Digital. Revista da AJURIS – Porto Alegre, v.46, n.146, junho, 2019, p.531.

INTERNACIONAL ORGANIZATION FOR STANDARDIZATION. ISO. Abstract ISO 9001:2015. Disponível em: < <https://www.iso.org/standard/62085.html> > Acesso em: 30 dez. 2020.

INTERNACIONAL ORGANIZATION FOR STANDARDIZATION. ISO. Members. Disponível em: < <https://www.iso.org/members.html> > Acesso em: 30 dez. 2020.

INTERNACIONAL ORGANIZATION FOR STANDARDIZATION. ISO. WHAT WE DO. Disponível em: < <https://www.iso.org/what-we-do.html> > Acesso em: 30 dez. 2020.

INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR STANDARDIZATION. ISO. ABOUT US. Disponível em: < <https://www.iso.org/about-us.html> > Acesso em: 30 dez. 2020.

OIT.ORG. C161 - Occupational Health Services Convention, 1985 (No. 161). Disponível em: < https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C161 > Acesso em: 30 dez. 2020.

Os Limites da Responsabilidade Criminal do Chief Compliance Officer

The limits of the Chief Compliance Officer's criminal responsibility

Jaqueline Maria Ryndack¹

Sumário: 1. O papel do Chief Compliance Officer; 2. A Responsabilidade Criminal por parte do Chief Compliance Officer; Considerações Finais.

Resumo: O presente trabalho visa apresentar os limites da responsabilidade criminal do Chief Compliance Officer. Desse modo, através do método dedutivo, por meio da pesquisa bibliográfica, iniciamos o presente artigo tratando do papel do Chief Compliance Officer; para na sequência delimitar a responsabilidade criminal por parte do mesmo. Constatou-se que o Chief Compliance Officer (CCO) ou também chamado de “gestor de sistemas de integridade”, cumpre o papel de profissional da ética empresarial, sendo a ele atribuído o dever de criar, gerenciar, fiscalizar e instituir o programa de integridade da pessoa jurídica; e ainda, a responsabilidade sobre o dever de vigilância, controle e comunicação das irregularidades ao conselho ou aos diretores. Há a ressalva quando as suas funções do Chief Compliance Officer, pois a mesma está condicionada a uma detalhada e prévia definição dos contornos do cargo. Quanto a responsabilização criminal do Chief Compliance Officer, nos casos em que há infrações penais de trato sucessivo, pode ser constituída, a partir da moldura concreta de seu cargo. Para além destes elementos, é necessário enquadrá-lo em posição de garante, mediante incidência de uma das três fontes constantes do art. 13, §2o do Código Penal Brasileiro. Já quando dando-se o resultado típico e havendo nexo de evitabilidade, a exteriorização da ação diversa da devida constitui o aliud agere e aperfeiçoa os elementos do tipo objetivo de omissão imprópria. No campo subjetivo, faz-se necessário o dolo do agente. A imputação culposa, desde que o tipo a admita, poderá derivar do não rebaixamento do risco proibido, derivado de descuido do profissional da integridade.

Palavras-chave: Chief Compliance Officer; Responsabilidade Criminal; Gestor de Sistemas de Integridade.

Abstract: This paper aims to present the limits of the Chief Compliance Officer's criminal responsibility. Thus, through the deductive method, by means of the bibliographic research, we start this article dealing with the role of the Chief Compliance Officer; in order to delimit the criminal responsibility on his/her part. It was found that the Chief Compliance Officer (CCO) or also called “integrity systems manager”, fulfills the role of business ethics professional, being assigned to him/her the duty to create, manage, inspect and institute the integrity program of the legal entity; and also, the responsibility on the duty of surveillance, control and communication of irregularities to the board or directors. The Chief Compliance Officer's duties are subject to a detailed and prior definition of the contours of the position. As for the Chief Compliance Officer's criminal responsibility, in cases where there are criminal infractions of successive treatment, it can be constituted, from the concrete framework of his position. In addition to these elements, it is necessary to place him/her in a position of guarantor, through the incidence of one of the three sources set forth in article 13, paragraph 2 of the Brazilian Penal Code. When the result of the offense is given and there is a nexus of avoidability, the exteriorization of the action other than the due constitutes the aliud agere and perfect the elements of the objective offense of improper omission. In the subjective field, the agent's malice is necessary. The culpable imputation, as long as the offense admits it, may derive from not lowering the forbidden risk, derived from the carelessness of the professional of completeness.

Keywords: Chief Compliance Officer; Criminal Responsibility; Integrity Systems Manager.

¹ Advogada. Mestre em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. Pós-graduada pela Fundação Escola do Ministério Público – FEMPAR. E-mail: ryndack.jaqueline@hotmail.com

1. O papel do Chief Compliance Officer

Na obra “A sociedade pós-capitalista” de Peter Ferdinand Drucker, o autor afirma que existiu uma significativa mudança do conhecimento de modo a transformar a economia e a sociedade. Nesse novo contexto o conhecimento deixou de ser um recurso, para ser o componente principal e agente criador de políticas². Nesse sentido, percebe-se que o conhecimento como quesito primordial, apresenta-se como agente intelectual o Chief Compliance Officer e sua atuação no cerne da atividade empresarial.

O Chief Compliance Officer (CCO), ou gestor de sistemas de integridade, cumpre papel de profissional da ética empresarial. Sua atribuição dentro da atividade empresarial é de criar, gerenciar, fiscalizar e instituir o programa de integridade da pessoa jurídica. Atendendo aos interesses da empresa concernentes a prevenção e repressão de ilícitos, tem papel fundamental dentro da autorregulação regulada³. Assume responsabilidades sobre o dever de vigilância, controle e comunicação das irregularidades ao conselho ou aos diretores, vez que atua implantando e monitorando diariamente as atividades previstas no plano de trabalho do Compliance, de modo individual ou por meio de equipe.

Há vários modelos de atuação. Pode o Chief Compliance Officer (CCO), por exemplo, atuar como consultor externo da empresa e não possuir faculdades executivas. Pode ainda fazer parte da estrutura interna da companhia, hipótese na qual são previsíveis conflitos dentro da hierarquia da empresa. Ressalta-se que há a necessidade da impessoalidade e confidencialidade para a eficiência da atuação do Chief Compliance Officer, uma vez que durante o tratamento das atribuições do setor do Compliance o profissional irá percorrer as estruturas internas da empresa e eventualmente poderá “se deparar com múltiplas informações da organização, incluindo questões de cunho ético e confidencial.”⁴.

Para a implementação dos Programas de Compliance, é imprescindível a adequada seleção do Chief Compliance Officer “para criar controles internos eficazes a evitar eventuais descumprimentos de normas.”⁵. Esta atuação está condicionada a uma detalhada e prévia definição, os quais são estipulados segundo o modelo adotado no ente coletivo, adequando-se ao seu perfil. Por exemplo, a área de atuação do ente coletivo exigirá competências e conhecimentos do Chief Compliance Officer de caráter variável, envolvendo tanto a normativa da área de atuação empresarial, como aspectos técnicos. Há, no entanto, algumas referências exemplificativas das funções do Chief Compliance Officer de caráter generalizante, úteis para uma empresa definir a descrição de cargo (se interno) ou o perfil do parceiro de atividades (se externo e contratado).

O Chief Compliance Officer assume atribuições de monitorar e assegurar que

2 DRUCKER, Peter Ferdinand. A sociedade pós-capitalista. Trad. Nivaldo Montingelli Jr. São Paulo: Pioneira, 1993, p. 21 – 24.

3 FORIGO, Camila Rodrigues. A figura do Compliance Officer no Direito Brasileiro: funções e responsabilização penal. Rio de Janeiro: Multifoco, 2017, p. 131.

4 DE CASTRO; Rodrigo Pironti Aguirre; GONÇALVES, Francine Silva Pacheco. Compliance e gestão de riscos nas empresas estatais. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 41.

5 SANTOS, Victor Hugo dos; GUARAGNI, Fábio André. Compliance e erro no Direito Penal. in GUARAGNI, Fábio André; BUSATO, Paulo César (Coord). Compliance e Direito Penal. São Paulo: Atlas, 2015, p. 98.

sejam aplicadas as normativas internas, de avaliar os riscos, de investigar potenciais infratores e de criar controlos internos a fim de evitar a responsabilização da própria empresa (extrapenal e, no caso de crimes ambientais, também penal, na perspectiva do direito brasileiro). Corroborando, Wagner Giovanini⁶ aponta que Chief Compliance Officer necessita possuir diversos papéis que são determinantes para o sucesso no dia a dia da empresa, sendo eles a atribuição de conselheiro, facilitador, defensor e sensibilizador.

Quanto ao papel de conselheiro, é a utilização de experiências e técnicas a fim de apoiar ou responder da maneira mais adequada os questionamentos a ele passados ou feitos. A ideia da atribuição de facilitador relaciona-se ao papel de parceiro dos demais colaboradores da empresa, como membro de cada equipe de trabalho, a fim de buscar a melhor solução para as dificuldades que os grupos possam estar encontrando, como atingir metas, a presença de princípios de integralidade e éticos, melhora na comunicação⁷. Acerca da característica de defensor, entende-se por defender de modo incondicional o Programa de Compliance, independente dos possíveis obstáculos para cumpri-lo que possa a ele ser apresentado. Por fim, quanto ao papel de sensibilizador, é a atribuição de convencer as pessoas da empresa, através de argumentos convincentes e consistentes, a fim de alinhá-las no mesmo sentido preconizado no Programa de Compliance⁸.

Denota-se que entre as quatro atribuições conferidas ao Chief Compliance Officer, o papel sensibilizador possui maior relevância, vez que o CCO deverá sensibilizar as pessoas da empresa durante a implementação do Programa de Compliance e continuamente, para a sua manutenção e sustentabilidade.

2. A Responsabilidade Criminal por parte do Chief Compliance Officer

O Chief Compliance Officer, por receber por delegação as atribuições de implementar e gerir o sistema de cumprimento normativo desenvolvido como parte da Governança Corporativa, pode tornar-se garante pela assunção de papel concernente em evitar resultados lesivos, sobretudo quando detecta ilícito pontual integrante de uma cadeia de infrações com perspectiva de repetição.

Convém esmiuçar a ideia: acaso a descrição do cargo e o rol de atribuições assim estabeleça, o Chief Compliance Officer poderá assumir posição de garante, contraindo deveres de evitar resultados lesivos, na forma do art. 13, §2o, “b” do

6 GIOVANINI, Wagner. Programas de Compliance e anticorrupção: importância e elementos essenciais. in DE PAULA, Marco Aurélio Borges; DE CASTRO; Rodrigo Pironti Aguirre (Coords.). Compliance, gestão de riscos e combate à corrupção: integridade para o desenvolvimento. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 58 – 59.

7 Ibid., p. 58.

8 Ibid., p. 58 – 59.

Código Penal⁹? Basta que, ao ser contratado pela empresa, assuma, dentre suas competências, aquela de neutralizar a prática recorrente de infrações, uma vez detectadas.

Dentro de organizações, delitos costumam ocorrer em trato sucessivo, com traço habitual. Desenvolvem-se padrões de comportamento ilícitos, que culminam na realização cotidiana de infrações penais e extrapenais, de modo estendido no tempo (padrão de delitos econômicos, há muito identificados por Edwin Sutherland aludindo ao fato de que “a delinquência das corporações, igualmente à dos ladrões profissionais, é persistente: uma grande proporção dos delinquentes reincidem”¹⁰). Práticas mensais de sonegação fiscal ou previdenciária, relações de trabalho caracterizadas pela redução a condição análoga à de escravo, distribuição de produtos com publicidade enganosa, e outros tantos delitos econômicos, dão mostra do caráter não ocasional dos ilícitos realizados no bojo da atividade empresarial. Assim, a detecção de um ilícito, normalmente, dá-se em meio a um fluxo de atividade ilegal. Nesta perspectiva, o Chief Compliance Officer pode ter, dentre os deveres que assumiu, não só o da comunicação do ilícito descoberto aos vértices da empresa (papel assumido como regra¹¹), mas também o de neutralização da respectiva continuidade. E nesta segunda situação, coloca-se como garante, na perspectiva do art. 13, §2o, “b” do Código Penal.

Ressalta-se que não basta a formalização do contrato entre empresa e Chief Compliance Officer, vez que se o Código Penal posiciona como garante quem “devia e podia agir para evitar o resultado”, segundo a redação do art. 13, §2o do Código Penal é curial que o agente somente sofrerá a imputação comissiva por omissão caso seja dotado de meios para interromper o fluxo de ilicitude, com acesso pleno às informações relativas ao delito. Nesse sentido, Camila Forigo preocupa-se com a não imputação do delito na forma omissiva imprópria pela só configuração formal de um papel de Chief Compliance Officer ¹².

Insista-se na ideia de que o desenho concreto das funções do cargo do Chief Compliance Officer é determinante para posicioná-lo como garante pela via do art. 13, §2o, “b” do Código Penal. Se sua obrigação for só de meio para detecção de ilícitos, e não de fim concernente à respectiva neutralização, não há imputação pela citada modalidade. Nestes casos, a ele não será atribuído o dever de evitar um resultado, mas o de impedir ou atuar nas situações de alto risco que, praticadas, incidiram na

9 “Art. 13 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

[...]

§ 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:

[...]

b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado;”. (BRASIL. Decreto-lei Nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 23/05/2019)

10 SUTHERLAND, Edwin. El delito de cuello blanco. Montevideo: BdF, 2009, p. 334.

11 STEIDEL, Evelin; GUARAGNI, Fábio André. Desvios de personalidade em grupos empresariais e neutralização por compliance: uma tentativa para minimizar o impacto da corrupção no horizonte da criminalidade? in GUARAGNI, Fábio André; BACH, Marion (Coord). Direito penal econômico: administrativização do direito penal, criminal compliance e outros temas contemporâneos. Londrina: Thoth, 2018, p. 69-70.

12 FORIGO, Camila Rodrigues. A figura do Compliance Officer no Direito Brasileiro: funções e responsabilização penal. Rio de Janeiro: Multifoco, 2017, p. 169-170.

realização de resultado típico. Nesse sentido, Scandelari assinala que distinguir se a

obrigação é de meio, e não fim, não é bizantinismo; tem importante efeito prático: pode impedir a punição de um funcionário como fundamento (exclusivo ou preponderante) na mera ocorrência de um resultado típico. Note-se: se a compreensão não é a de que o compliance officer deve evitar um resultado (como tem sido propalado pela doutrina majoritária), mas, sim, o de impedir ou o de agir diante de um alto risco da realização de um resultado típico, torna-se impossível, tecnicamente, imputar-lhe tal resultado sem, antes, provar que ele não tentou prever, controlar, diminuir ou evitar o risco. Caso se entenda que sua obrigação é a de evitar um resultado, então, sempre que um resultado ocorrer, ele poderá ser, em princípio, responsabilizado. E isso não pode ser assim, por apreço ao princípio da responsabilidade subjetiva (que não é incompatível com a funcionalidade do criminal compliance).¹³ (Grifos do autor)

Para além da assunção do dever de evitar resultados lesivos derivados de ilícito penal, mediante contrato, assumindo a posição de garante contida no art. 13, §2o, “b” do Código Penal é possível que o Chief Compliance Officer possa ser situado como garante pelas outras fontes do art. 13, §2o do Código Penal? A resposta é positiva com base na fonte elencada no art. 13, §2o, “c” do Código Penal¹⁴. Permite conceber o Chief Compliance Officer como garante por ingerência na vida alheia. Dá-se a ingerência com a criação pretérita do risco, na fórmula codificada. A interpretação desta modalidade constitui como garante todo o agente que não atua para rebaixar situação de risco preexistente em plenitude, quando deveria e poderia fazê-lo.

Assim, se o Chief Compliance Officer percebe que determinada prática do processo fabril da empresa apresenta risco consistente de derivar em dano ambiental, configurando infração penal da Lei 9.605/98 (crimes ambientais), e não o neutraliza (e desde que seu cargo tenha esta neutralização como responsabilidade), responde pela infração a título omissivo impróprio. A subjetividade ativa afirma-se pela possibilidade de evitar o resultado e, sobretudo, pelo dever de fazê-lo, mediante o rebaixamento do patamar do risco preexistente constatado. Afinal, assumiu posição de garante por controle de fonte de risco, em caráter derivado, substitutivo da posição originária de garante que, de modo pleno, recaia sobre o dirigente do ente coletivo¹⁵.

A última fonte da posição de garante no Código Penal brasileiro é a obrigação legal de cuidado, proteção ou vigilância, na forma do art. 13, §2o, “a” do Código Penal¹⁶. Quem tem deveres legais assim delineados pode responder por omissão imprópria nas situações em que podia e devia evitar o resultado de lesão a bem jurídico. Aqui, o enquadramento do Chief Compliance Officer apresenta maiores

13 SCANDELARI, Gustavo Britta. As posições de garante na empresa e o Criminal Compliance no Brasil: primeira abordagem. in BUSATO, Paulo César; GUARAGNI, Fábio André (Coord). Compliance e Direito Penal. São Paulo: Atlas, 2015, p. 193-194.

14 “Art. 13 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

[...]

§ 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:

[...]

c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.”. (BRASIL. Acesso em: 23/05/2019)

15 SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Fundamentos del Derecho Penal de la Empresa. Montevideo: BdF, 2013, p. 156-158.

16 “Art. 13 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

[...]

§ 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:

a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;”. (BRASIL, op. cit. Acesso em: 23/05/2019)

dificuldades. A adoção de programas de cumprimento, pelas empresas brasileiras, é instada por autorregulação regulada, a partir da dúplici referência da Lei de Lavagem e Lei Anticorrupção e seu decreto regulamentador¹⁷.

É possível abrir-se um debate com esta afirmação: se a Lei de Lavagem elenca deveres de comunicação de operações suspeitas ao COAF, e dentro da empresa este dever é atribuído ao setor de Compliance, tem-se um dever de vigilância da fonte de risco, consistente no objeto social do ente coletivo, que é a realização de operações financeiras. Nesse sentido há uma obrigação legal de vigilância dirigida à empresa que, dentro de seu âmbito interno, é transmitida ao gestor do programa de cumprimento normativo, que o assume de forma derivada. Assim, de um lado há a obrigação legal de vigilância, referida no art. 13, §2o, “a” do Código Penal; de outro, a atribuição da obrigação a um ser humano, dentro da organização coletiva. Nesse sentido a posição de garante está constituída.

Outra forma de constituir o papel de garante em relação ao Chief Compliance Officer pela via do art. 13, §2o, “a” do Código Penal, seria compreender a referência ao dever legal em sentido amplo, de modo a encampar fontes normativas em geral, inclusive não estatais. É usual a ideia de que a referência à “lei”, na regra em questão, é ampla, abrangendo fontes normativas em caráter genérico, como decretos, regulamentos, portarias, etc¹⁸¹⁹. Nesta perspectiva, o dever legal poderia originar-se do próprio código interno do ente coletivo destinado ao cumprimento normativo.

Expondo a dificuldade para aferir a responsabilização penal do Chief Compliance Officer, uma vez que há a existência de inúmeras disposições e normativas vinculantes e outras podendo não ser vinculantes (sendo essa última, guias de voluntário modelo), Renato de Mello Jorge Silveira e Eduardo Saad-Diniz expõem que

A própria variação acerca dos chamados códigos de conduta a serem adotados pelas empresas como fundamento primordial dos sistemas de compliance evidencia a dificuldade de aferição do controle deste. Os códigos podem se mostrar em situação modelo, como guias voluntárias não vinculantes, sem nenhuma normativa imposta às empresas. Por outro lado, pode haver códigos intergovernamentais, normalmente elaborados por organismos internacionais com o objetivo de unificar e guiar condutas de determinadas empresas de certas áreas. E o que se verifica nos códigos emitidos pela OCDE, como Guia para empresas multinacionais, ou as obrigações impostas pela Convenção contra a Corrupção. Pode, ainda, haver códigos de múltiplas partes interessadas (Multi Stakeholders), sugeridos por meio de negociações entre as empresas ou organizações não governamentais, sempre negociados; bem como códigos de associações de comércio ou códigos de empresas.²⁰

O posicionamento do sujeito ativo como garante é um elemento, dentre outros tantos, exigidos para imputação delitiva pela abertura típica omissiva imprópria, dolosa ou culposa (esta, para os delitos que a permitem). Ao tratar da responsabilização penal do Chief Compliance Officer, Zagonel apresenta o rol de elementos do tipo objetivo exigido para a imputação do resultado a título omissivo impróprio ao responsável de cumprimento, sendo eles a ocorrência de uma situação típica; a possibilidade concreta de agir do compliance officer; a omissão por parte do compliance officer da ação mandada; a superveniência do resultado típico em decorrência da omissão do

17 FORIGO, 2017, p. 142.

18 LUISI, Luiz. Os Princípios Constitucionais Penais. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2003, p. 143.

19 MASSON, Cleber. Direito Penal. Vol. 1. São Paulo: Gen, 2010, p. 219.

20 SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. Compliance, Direito Penal e Lei Anticorrupção. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 159.

compliance officer; a ocorrência da situação geradora do dever jurídico de agir, neste caso pela assunção da responsabilidade por parte do compliance officer e o nexo de evitabilidade entre a omissão por parte do compliance officer e o resultado²¹.

Quanto ao tipo subjetivo, note-se que se o crime só tem forma dolosa, a quebra de deveres por parte do responsável de cumprimento normativo derivada de descuido não acarreta responsabilidade penal. Nestes casos, “os compliance officers somente podem ser punidos se sua omissão (descumprimento do dever de vigilância) for dolosa (“cujo dolo se possa provar”) – isto é, se deixou de agir embora tivesse conhecimento mínimo de que o resultado ocorreria e lhe fosse possível agir – e ocorrer a partir do momento em que o fato começa a ser materialmente executado pelo terceiro até a sua consumação.”²².

Enfim, o papel atribuído ao Chief Compliance Officer pode ou não encerrar-se com a comunicação da informação do ilícito descoberto ou de focos de possíveis ilícitos aos “vértices da empresa”, a depender do desenho concreto de suas funções²³.

Alerte-se, ainda, para a necessidade de operadores do Direito Penal identificarem casos em que o Chief Compliance Officer figura como “um bode expiatório, para eximir de responsabilidade os seus superiores.”²⁴. Parece tentador contratar alguém para funcionar como biombo de proteção dos dirigentes da empresa, mediante “transferência” de responsabilidades, condutores de programas de Compliance de mera aparência ou “cosméticos”²⁵ (expressão de Sieber, inclusive apontando maneiras de identificá-los). Referida situação fere as pretensões de ética empresarial subjacentes à ideia de Governança Corporativa, sobretudo no viés da sustentabilidade social, ambiental e econômica.

Nota-se que a responsabilidade criminal por parte do Chief Compliance Officer, nos casos em que há infrações penais de trato sucessivo, ocorrentes ou em franca projeção (situações típicas), pode ser constituída, a partir da moldura concreta de seu cargo, por não evitar o resultado lesivo quando devia e podia fazê-lo (possibilidade física de ação, direta ou indireta). Para além destes elementos, é necessário enquadrá-lo em posição de garante, mediante incidência de uma das três fontes constantes do art. 13, §2º do Código Penal. Dando-se o resultado típico e havendo nexo de evitabilidade – ou seja, omissão de conduta que, realizada, rebaixaria o risco de realização do resultado – a exteriorização da ação diversa da devida, atinente à neutralização da sucessão de ilícitos, constitui o aliud agere e aperfeiçoa os elementos do tipo objetivo de omissão imprópria. No campo subjetivo, faz-se necessário o dolo do agente. A imputação culposa, desde que o tipo a admita, poderá derivar do não rebaixamento do risco proibido, derivado de descuido do Chief Compliance Officer.

21 ZAGONEL, Luís Roberto de Oliveira. Criminal Compliance: a responsabilidade penal do Compliance Officer. 155f. Dissertação (Mestrado) – Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania, Centro Universitário Curitiba, Curitiba, 2018, p. 109.

22 SCANDELARI in BUSATO, GUARAGNI, 2015, p. 192.

23 STEIDEL, GUARAGNI in GUARAGNI, BACH, 2018, p. 70.

24 SCANDELARI in BUSATO, GUARAGNI, op. cit., p. 191.

25 SIEBER, Ulrich. Programas de Compliance en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica. in ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán. (Coord) El Derecho Penal Económico en la era Compliance. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 101.

Considerações Finais

Os Programas de Compliance apresentam-se como um conjunto de medidas de prevenção de riscos no âmbito empresarial, por meio das quais a organização empresarial se apresenta em acordo com as diretrizes legislativas vigentes, nacional e internacionalmente. Neles abrangem tanto os mecanismos de controle social constituídos como hard law (lei de improbidade administrativa, leis penais, lei anticorrupção), quanto aqueles que se apresentam como soft law (normas internas de empresas parceiras de negócio que exijam requisitos indicativos de responsabilidade empresarial, leis estatais de vedação de acesso a certames licitatórios por parte de concorrentes sem programas de compliance)

O responsável pelo programa de cumprimento normativo é o Chief Compliance Officer, ao qual lhe incumbe, como regra, deveres de controle, vigilância e comunicação das irregularidades aos vértices do ente coletivo (diretores ou conselho). O desenho do seu cargo varia de acordo com o objeto de negócios do ente coletivo, determinante de variadas competências técnicas e conhecimentos normativos; ainda podendo lhe incumbir o papel de neutralização do ilícito, quando assim determinado.

Concluimos que a responsabilização criminal do Chief Compliance Officer, nos casos em que há infrações penais de trato sucessivo, ocorrentes ou em franca projeção - desde que se ocorram os atos executórios caracterizadores da tentativa - (situações típicas), pode ser constituída da moldura concreta de seu cargo, devido não evitar o resultado lesivo quando devia e podia fazê-lo (possibilidade física de ação, direta ou indireta). Para além dessa situação é necessário enquadrá-lo em posição de garante, conforme a incidência de uma das três fontes constantes do art. 13, §2º do Código Penal. Ocorrendo o resultado típico e havendo nexo de evitabilidade, constitui o aliud agere e aperfeiçoa os elementos do tipo objetivo de omissão imprópria.

Já no campo subjetivo, faz-se necessário o dolo do agente para que ocorra a responsabilização criminal do Chief Compliance Officer. A imputação culposa, quando admita no tipo, poderá derivar do não rebaixamento do risco proibido, derivado de descuido do Chief Compliance Officer.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto-lei Nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 23/05/2019.

DE CASTRO; Rodrigo Pironti Aguirre; GONÇALVES, Francine Silva Pacheco. Compliance e gestão de riscos nas empresas estatais. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

DRUCKER, Peter Ferdinand. A sociedade pós-capitalista. Trad. Nivaldo Montingelli Jr. São Paulo: Pioneira, 1993.

FORIGO, Camila Rodrigues. A figura do Compliance Officer no Direito Brasileiro:

funções e responsabilização penal. Rio de Janeiro: Multifoco, 2017.

GIOVANINI, Wagner. Programas de Compliance e anticorrupção: importância e elementos essenciais. in DE PAULA, Marco Aurélio Borges; DE CASTRO; Rodrigo Pironti Aguirre (Coords.). Compliance, gestão de riscos e combate à corrupção: integridade para o desenvolvimento. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

LUIZI, Luiz. Os Princípios Constitucionais Penais. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2003.

MASSON, Cleber. Direito Penal. Vol. 1. São Paulo: Gen, 2010.

SANTOS, Victor Hugo dos; GUARAGNI, Fábio André. Compliance e erro no Direito Penal. in GUARAGNI, Fábio André; BUSATO, Paulo César (Coord). Compliance e Direito Penal. São Paulo: Atlas, 2015.

SCANDELARI, Gustavo Britta. As posições de garante na empresa e o Criminal Compliance no Brasil: primeira abordagem. in BUSATO, Paulo César; GUARAGNI, Fábio André (Coord). Compliance e Direito Penal. São Paulo: Atlas, 2015.

SIEBER, Ulrich. Programas de Compliance en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica. in ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán. (Coord) El Derecho Penal Económico en la era Compliance. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Fundamentos del Derecho Penal de la Empresa. Montevideo: BdF, 2013.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. Compliance, Direito Penal e Lei Anticorrupção. São Paulo: Saraiva.

STEIDEL, Evelin; GUARAGNI, Fábio André. Desvios de personalidade em grupos empresariais e neutralização por compliance: uma tentativa para minimizar o impacto da corrupção no horizonte da criminalidade? in GUARAGNI, Fábio André; BACH, Marion (Coord). Direito penal econômico: administrativização do direito penal, criminal compliance e outros temas contemporâneos. Londrina: Thoth, 2018.

SUTHERLAND, Edwin. El delito de cuello blanco. Montevideo: BdF, 2009.

ZAGONEL, Luís Roberto de Oliveira. Criminal Compliance: a responsabilidade penal do Compliance Officer. 155f. Dissertação (Mestrado) – Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania, Centro Universitário Curitiba, Curitiba, 2018.

Inovações e interpretação da legislação tributária: a dignidade da pessoa humana e a tributação

Innovations and interpretation of tax legislation: the dignity of the human person and taxation

Sara Corrêa Fattori¹

Ubiratan Bagas dos Reis²

Sumário: Introdução. 1. Dignidade da pessoa humana e tributação: proteção integral da pessoa com deficiência. 2. Interpretação da legislação vigente e os parâmetros para elaboração de novas propostas de alteração legislativa. Conclusão. Referências.

Resumo: O presente estudo visa analisar as relações jurídicas tributárias, com enfoque na atual interpretação da isenção de tributo da pessoa com deficiência e o entendimento adotado pelo Poder Judiciário. A partir do conceito constitucional de dignidade da pessoa humana e no que se refere a defesa das pessoas com deficiência, será analisado o instituto da isenção tributária ao IPVA – Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores e sua abrangência em relação às normas constitucionais e infraconstitucionais. Pretende-se delinear outros parâmetros a serem adotados, ao propor alterações e inovações na legislação tributária, bem como na interpretação da legislação vigente. A interpretação da legislação tributária tem que ser feita em conjunto com a interpretação das normas constitucionais e dos tratados internacionais ratificados pelo Brasil, no âmbito da proteção às pessoas com deficiência, a despeito do comando cogente do art. 111, do Código Tributário Nacional determinar que se interpreta literalmente a legislação tributária que outorga a isenção. Desta forma, o trabalho foi pautado no método dedutivo, através de pesquisa qualitativa que utilizou doutrinas e artigos científicos sobre o tema em questão, concluindo-se pela prevalência do princípio da dignidade da pessoa humana sobre as normas infraconstitucionais, como forma de assegurar direitos e garantias a pessoas com deficiência, outorgando-se a isenção tributária também nos casos de deficiente “não condutor” do veículo.

Palavras-chave: Pessoa com deficiência; Dignidade da Pessoa Humana; Tributo; Isenção.

Abstract: The study aims to analyze the tax legal relationships, focusing on the current interpretation of tax exemption of persons with disabilities and how is the position of Brazilian's Courts. From the constitutional concept of dignity of human person, with regard to the defense of people with disabilities, it will be analyzed the institute of tax exemption for taxes on motor vehicles and their scope in relation to constitutional and other legal acts. It's intended to outline other parameters to be adopted, by proposing changes and innovations in tax legislation, as well as in the interpretation of current legislation. The interpretation of the tax legislation has to be done in conjunction with the interpretation of the Federal Constitution as well with the international treaties ratified by Brazil, within the scope of protection for people with disabilities, despite the cogent command of art. 111, of the National Tax Code, determines that the tax legislation granting the exemption must be literally interpreted. Thus, the work was based on the deductive method, through qualitative research that used doctrines and scientific articles on the subject in question, concluding by the prevalence of the principle of human dignity over taxation norms, as a way to ensure rights and guarantees to persons with disabilities, granting tax exemption also in cases of disabled “non-driver” of the vehicle.

Keywords: Person with disabilities; Dignity of Human Person; Tribute; Exemption.

1 Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo- USP. Especialização pela Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Roma “La Sapienza”/ Itália. Mestrado e Doutorado em Direito pela Universidade de São Paulo- USP. Foi Professora da UNESP/Campus de Araraquara e da Faculdade de Direito da UNIARA – Araraquara. Procuradora do Estado de São Paulo (aposentada). Foi Coordenadora de Curso de Pós-Graduação *latu sensu*, da Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de S.P. Membro da Société Internationale “Fernand De Visscher” pour l'Histoire des Droits de l'Antiquité. Sócia do escritório Reis & Corrêa Fattori Advogados. E-mail: email: correafattori@gmail.com. <http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/busca.do>

2 Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Araraquara- UNIARA. Mestre em Direito pela Universidade de Marília - UNIMAR. Especialização em Direito Econômico e Desenvolvimento pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo - FDRP-USP (2018). Especialização em Direito Tributário pelo IBET (2010) Sócio do escritório Reis & Corrêa Fattori Advogados. e-mail: ubreis@gmail.com. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-6796-5195>

Introdução

Será analisada qual a interpretação correta a ser dada ao requerimento administrativo de isenção tributária, em referência aos tributos que possuem como sujeito passivo uma pessoa com deficiência, bem como quais as premissas a serem adotadas pelos legisladores ao propor e aprovar alterações e inovações na legislação tributária que trata de isenção.

Parte-se, neste estudo, da premissa acerca da dignidade da pessoa humana como reconhecimento de um direito universal, advento do necessário respeito e tutela do Estado e da coletividade (comunidade) pelo indivíduo.

O conceito de justiça e igualdade nem sempre é de fácil definição. No sentido do direito romano, para o jurista Ulpiano (D. 1.1.10 pr), o conceito de justiça é *suum cuique tribuere* (dar a cada um o que é seu), isto é, deve ser interpretado como igualdade entre indivíduos pertencentes à mesma classe.³

Mais especificamente quanto aos direitos das pessoas portadora de necessidade especiais, Flávia Piovesan explica que “a igualdade formal (de jure equality) toma a igualdade como um dado e um pressuposto, acenando para uma atuação estatal marcada pela neutralidade. Já a igualdade material (de facto equality) toma a igualdade como um resultado ao qual se pretende chegar, acenando para uma atuação estatal marcada pelo protagonismo, tendo como base o impacto e efeito concreto e real de leis e políticas públicas no exercício de direitos, considerando os diversos grupos e suas desvantagens e vulnerabilidades.”⁴

Não se trata apenas de proteger os direitos de uma pessoa enquanto tal, por sua dignidade inerente, mas de garantir um tratamento diferenciado e especial a todo um grupo de pessoas em iguais condições, próprias e específicas, que leve em consideração suas peculiaridades e suas necessidades essenciais.⁵

O direito do Estado de tributar não pode ser alheio a situação de vulnerabilidade, de forma que se deve buscar uma vida digna em sua integralidade, seja nas relações de trabalho e emprego, nos serviços públicos e privados de saúde bem como na

3 CORRÊA, Sara. Sobre o significado de ius – “Direito”. Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial. Número 54, ano 14, out/dez 1990, p.77: “o tratamento igual a sujeitos desiguais, pertencentes a classes diversas, é injusto, tanto quanto o tratamento desigual de sujeitos iguais pertencentes à mesma classe. Tratar, pois, a todos igualmente, sem distinção, não é aplicar a justiça; é, pois, ao contrário, segundo o conceito ulpiniano, um tratamento injusto.”

4 PIOVESAN, Flávia. Temas de Direitos Humanos. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 332. Cf. tb SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 4 ed. rev. Atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 74-77.

5 PIOVESAN, Flávia. Temas de Direitos Humanos. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p.471.

tributação.⁶

Assim, conforme anota Flores, o acesso aos bens, sempre e em todo momento, insere-se num processo mais amplo que faz com que uns tenham mais facilidade para obtê-los e que a outros seja mais difícil ou, até mesmo, impossível de obter.⁷

1. Dignidade da pessoa humana e tributação: a proteção integral da pessoa com deficiência

Conforme se avança nos estudos acerca da função da dignidade humana, mais cristalina se torna a concepção de que existe um limite, um ponto de ruptura, dali sendo vedada a tributação, em qualquer de suas espécies.⁸ Aos entes tributantes caberia não exigir tributos daqueles que evidentemente não têm condições de suportar. O Estado tem o dever de tutelar a pessoa vulnerável.

Humberto Ávila ao falar sobre o exame da proibição de excesso, ressalta que a proibição por meio da instituição de imposto não pode, além do ponto, aniquilar os direitos de liberdade.⁹ Quando se está diante de uma pessoa vulnerável, sequer haveria violação a ideia do dever fundamental de pagar imposto¹⁰, por se tratar de situação que não se apresenta justificável economicamente, quiçá juridicamente. Daí as limitações ao poder de tributar.

Enfatiza-se, aqui, que os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte (parágrafo 1º, do artigo 145, da CF/88), tutelando o princípio da isonomia tributária e da capacidade contributiva.

6 O art. 2º do Estatuto da Pessoa com Deficiência, lei nº 13.146/2015, defini a pessoa com deficiência como “aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas”. O artigo 4º, estabelece o direito das pessoas com deficiência à igualdade de oportunidades com as demais pessoas, protegendo-as de quaisquer espécies de discriminação, e o seu parágrafo único, dispõe que “Considera-se discriminação em razão da deficiência toda forma de distinção, restrição ou exclusão, por ação ou omissão, que tenha o propósito ou o efeito de prejudicar, impedir ou anular o reconhecimento ou o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais de pessoa com deficiência, incluindo a recusa de adaptações razoáveis e de fornecimento de tecnologias assistivas.”

Os documentos internacionais que cuidam da pessoa com deficiência são: a Declaração dos Direitos do Deficiente Mental, de 1971; a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, de 1975; a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência, de 1999 (Decreto nº 3.956/2001); e a Convenção Interamericana sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 2007, (Decreto nº 6.949/2009), sob o status de emenda constitucional. A Convenção de Nova Iorque, (ONU, 2006) busca “promover, proteger e assegurar o desfrute pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por parte de todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua inerente dignidade”.

7 FLORES, Joaquín Herrera. A (re)invenção dos direitos humanos. Florianópolis. Boiteux. 2009. p. 30.

8 SARLET, Ingo, op.cit., 75.

9 ÁVILA, Humberto. Sistema constitucional tributário: de acordo com a emenda constitucional n. 53, de 19-12-2006. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 504-505: A garantia da dignidade humana tem, sobretudo, uma importância principiológica no Direito Tributário (princípio enquanto decisão valorativa objetiva com função explicativa). Ela possui, além disso, uma função de defesa do indivíduo contra o Estado. A tributação não pode afetar os pré-requisitos mínimos de uma existência humanamente digna. Por isso, a garantia da dignidade humana é um direito de defesa (Abwehrrecht) contra o Estado, embora sem contornos determinados quanto ao seu conteúdo (princípio enquanto direito subjetivo com função protetora e defensiva contra o Estado).

1010 NABAIS, José Casalta. O dever fundamental de pagar impostos: contributo para compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo. 4 ed. Coimbra, Portugal: Almedina, 2015.

A ideia de justiça emerge, enaltecendo o dever de tratamento isonômico entre as pessoas que se encontram em situação idêntica. Tal como inserido da Constituição Federal, a obrigação do Estado de tratar de forma igual os idênticos se apresenta como princípio, aplicável no caso concreto como fundamento de decisão de ato do executivo, legislativo e judiciário.

O princípio constitucional elementar da igualdade (artigo 5º, caput, da CF/88), faz-se específico no inciso II, do artigo 150, da CF/88, sendo vedada a instituição de tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercidas, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos.

Quando se analisam os objetivos da República Federativa do Brasil, que são construir uma sociedade justa (art. 3º, inc. I, CF/88) e promover o bem de todos, sem preconceitos (inc. III), surge, inexoravelmente, a associação de igualdade e justiça, pois não se pode desdenhar que a busca de uma sociedade justa se reflete na busca por uma forma justa de cobrar tributos dos indivíduos que lhe integram.

A justiça fiscal, “constituindo-se em verdadeira garantia fundamental do cidadão”¹¹, tem-se por “seu tratamento desigual é interdito para todos os contribuintes que se encontrem em situação equivalente. Pode-se afirmar, portanto, que o princípio da igualdade tributária busca igualar iguais e desigualar desiguais, na medida de suas desigualdades.”¹²

A capacidade do contribuinte em suportar a carga tributária está relacionada ao respeito aos direitos individuais, dentre deles o princípio da isonomia. Ao se estabelecer o regime diferenciado ao determinado grupo de pessoas, o Estado deve buscar a efetividade deste objetivo, inclusive com relação aos que possuem deficiência.

Por tais razões, o princípio da dignidade humana está atrelado ao princípio da capacidade contributiva, podendo o Estado salvaguardar os que estão expostos, não podendo atravessar determinado ponto, sob pena de ferir a liberdade do cidadão.

Neste aspecto, adentra-se ao estudo da interpretação da isenção tributária, em especial ao tributo incidente sobre a propriedade de veículos automotores – IPVA. A norma que concede a isenção, por exemplo, no Estado de São Paulo, não pode estar em descompasso com as concepções de justiça social e dos direitos e garantias fundamentais estampados na Constituição Federal.

Isto porque os direitos e deveres individuais e coletivos não se restringem ao art. 5º, da CF/88, podendo ser encontrado ao longo do texto constitucional, expresso ou decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição, ou, ainda,

11 RIBEIRO, Maria de Fátima; VINHA, Thiago Degelo. Efeitos Socioeconômicos dos Tributos e sua Utilização como Instrumento de Políticas Governamentais. *Derecho & Cambio Social*. Número 02. Ano I, La Molina, Lima-Peru. 2004. Disponível em: <<https://www.derechoycambiosocial.com/revista002/tributos.htm>>. Acesso em: 20 set. 2020.

12 RIBEIRO, VINHA, op.cit. Disponível em: <<https://www.derechoycambiosocial.com/revista002/tributos.html>> Segundo ensina PIOVESAN, FLÁVIA, op.cit., p. 332, protegido pelo valor supremo da dignidade da pessoa humana estão as pessoas com deficiência, indivíduos como outros quaisquer, que devem ser notados sob outras lentes. De fato, as normas vigentes não são suficientes para protegê-las, a promoção da igualdade material, qual seja o de tratar os diferentes de forma desigual, verifica-se como um meio que permite a elas o adequado tratamento legislativo que atenda às suas especificidades, desde que isso não implique em uma discriminação negativa.)

decorrentes dos tratados e convenções internacionais de que o Brasil seja parte.¹³

Analisando a isenção específica do Imposto sobre Propriedades de Veículos Automotores (IPVA), o não reconhecimento da proteção aos deficientes físicos “não condutores”, isto é, dirigidos por terceiros devido à deficiência incapacitante para a sua condução pelo próprio proprietário do veículo, constitui em prática discriminatória para com esses deficientes, não lhes outorgando igualdade de oportunidades com as demais pessoas (deficientes condutores), implicando em nítida exclusão/diferenciação pela sua deficiência mais gravosa.

Verifica-se, pois, que o apego excessivo à interpretação literal de norma que concede o benefício fiscal ao IPVA, flui contrário à corrente igualitária e não-discriminatória para com os deficientes físicos, seja qual for seu nível de deficiência. No artigo 20, da Convenção de NY, a questão da mobilidade das pessoas com deficiência é tratada de maneira mais incisiva e direta.

Antes, contudo, sublinhe-se que a concessão do benefício fiscal do IPVA aos automóveis de deficientes físicos “não condutores”, ou que será dirigido por terceiro, é um facilitador de seu direito à própria mobilidade pessoal, mesmo que tal veículo seja dirigido por terceiro – o qual, como será demonstrado adiante, deverá ser um representante legal do deficiente, não deixando ao bel prazer de qualquer pessoa gozar da isenção, corroborando seu direito constitucional de ir e vir.

Quando se interpreta a isenção de tributos incidentes sobre veículos automotores, inexoravelmente se tem potencializado o direito de locomoção da pessoa deficiente, sendo de competência de todos os entes federativos cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e da garantia deste grupo (art. 23, inciso II), bem como compete a União, aos Estados e ao Distrito Federal, legislar concorrentemente sobre sua proteção e integração social (art. 24, inciso XIII), da Constituição Federal Brasileira. Salvaguarda-se, portanto, as chamadas ações afirmativas, isto é, a discriminação positiva que se materializa pela proteção de certos grupos, que diante de uma marginalização social ou de hipossuficiência decorrente de outros fatores, merece a devida compensação e igualdade de oportunidades¹⁴, aqui se fazendo presente pelo livre e pleno direito de locomoção. Verifica-se, portanto, que a Convenção é cristalina ao validar o que foi exposto: as pessoas com deficiência, protegidas pelos nortes inerentes da dignidade da pessoa humana, ainda que não condutoras, devem ter reconhecido seu direito à mobilidade, mesmo que realizado por terceiro, e ter seu custo acessível.

Embora seja uma realidade aos deficientes físicos não condutores, que estão isentos quanto ao Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), de âmbito federal, e Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS), de âmbito estadual, não se justifica, assim, essa recusa de reconhecimento à isenção do IPVA apenas pelo motivo de a lei não prever expressamente tal hipótese.

É inequívoco, ademais, o reconhecimento da necessidade de isenção fiscal

13 LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado. 14. ed. ver. atual. e ampl. –São Paulo: Saraiva, 2010. p. 739.

14 ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Curso de direito constitucional. São Paulo: Editora Verbatim, 2011. p. 165.

a essas pessoas, devendo o Poder Executivo se atentar que não se trata de uma benesse, mas de condição *sine qua non* de efetividade de liberdade e humanidade.

2. A interpretação da legislação vigente e os parâmetros para elaboração de novas propostas de alterações legislativas

A questão elencada, contudo, ganha outro aspecto quando analisada à luz do Código Tributário Nacional, que estabelece as normas gerais de direito tributário, sendo recepcionado pela Constituição Federal com status de lei complementar, preponderando, naquilo que lhe é facultado constitucionalmente, sobre a legislação e interpretação das demais normas tributárias.

Assim, quanto à interpretação das normas tributárias, dispõe o art. 111, II, do Código Tributário Nacional, que se interpretará literalmente a norma que disponha sobre outorga de isenção. Dessa maneira, a lógica jurídica é no sentido de que a interpretação deve ser literal da lei quanto à outorga de isenção, e analisando-se a lei estadual do IPVA, o deficiente físico não teria direito à isenção do tributo, quando não fosse ele o condutor.

Não obstante tal análise de cunho positivista, não é assim que os tribunais superiores estão se posicionando quanto ao tema posto. Uma análise mais detida da jurisprudência pátria, evidencia a prevalência da norma constitucional.

O Superior Tribunal de Justiça, nos autos do Recurso Especial nº 1.698.595, consagrando as normas constitucionais, reconheceu o direito de um contribuinte à isenção de IPVA, sob o fundamento de que a autora preenchia os requisitos para a sua concessão, em razão de possuir deficiência visual monocular (apesar de a legislação não ser explícita quanto ao grau de cegueira, se total ou parcial).

Ao analisar a legislação, o STJ reconheceu que o proprietário de veículo com deficiência física, visual, mental, severa ou profunda, ou autista, está isento do recolhimento do IPVA, desde que constatadas as condições previstas em regulamento.

Em sentido análogo, nos autos do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 51.424, o STJ se deparou com o caso em que se discutia a pretensão do contribuinte que pleiteava a isenção, e a negativa do Fisco, aduzindo que o referido benefício fiscal somente é concedido e reconhecido ao “deficiente [sic] que conduza, ele próprio, o veículo.”

A Corte Superior afastou a interpretação tributária restritiva, consolidando o entendimento de que a finalidade da norma visa “conceder benefício fiscal àqueles que necessitam de políticas públicas de promoção social destinado a promover a inserção digna daquelas pessoas portadoras do transtorno do espectro autista”.¹⁵

Protegeu-se, então, o estímulo de medidas (políticas), que garantam o acesso a meios de locomoção urbana, com o viés de facilitar e estimular o convívio social, buscando proporcionar a plenitude de uma vida social, plural e digna.

Já com relação a interpretação literal da norma, que prevê isenção, o STJ,

15 STJ. Recurso em Mandado de Segurança nº 51.424 - RJ (2016/0171281-0). Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. DJ: 14/05/2019. IBET: Instituto Brasileiro de Estudos Tributários, 2019. Disponível em: <<https://www.ibet.com.br/wp-content/uploads/2019/05/RMS-51424.pdf>> Acesso em: 25 out. 2019.

todavia, não a aplicou no caso sub judice, sob o lapidar entendimento de que tal interpretação impossibilitaria uma “uma exegese que refuja da literalidade da norma isentiva fiscal, causaria extrema incompatibilidade com os princípios da dignidade da pessoa humana, e sobretudo, com o princípio da isonomia tributária, como se depreende dos artigos 1º, III, c/c 150, II, todos da Constituição Federal”.

Destarte, a isenção tributária deverá ser interpretada de acordo com os princípios constitucionais, sob a égide máxima da proteção de pessoa humana, ressaltando-se a tutela da dignidade da pessoa com deficiência, sendo fundamento da República e dever de toda a coletividade.

Conclusão

A Constituição Federal de 1988 preconiza como fundamento da República a dignidade da pessoa humana, devendo os Poderes, cada qual em suas respectivas competências, privilegiar e proteger as pessoas com deficiência. A dignidade da pessoa humana irradia para todos os demais ramos do direito, inclusive com as normas tributárias, sendo catalizador dos princípios da isonomia, capacidade contributiva, consubstanciando em um obstáculo intransponível ao poder de tributar estatal.

A proibição de excesso impõe-se, assim como o dever do Estado de promover a isenção dos impostos sobre veículos automotores às pessoas com deficiência e/ou terceiros diretamente dependentes, como forma de instrumentalizar e potencializar políticas públicas inclusivas, ações afirmativas que visam resguardar anos e anos de marginalização social e vulnerabilidade das mais diversas formas, inclusive restrição ao direito de locomoção.

A legislação tributária deve ser interpretada em compatibilidade com a ordem constitucional, sendo vedada a interpretação de qualquer espécie que resulte em colocar em risco a pessoa deficiente ou com necessidades especiais, sendo conclusiva a afirmação no sentido de que o poder executivo, ao interpretar a lei tributária, deverá primeiramente se adequar ao mandamento constitucional, para somente depois adentrar as normas infraconstitucionais, e analisar a concessão da isenção do pagamento do tributo.

Ao poder legiferante incube a tarefa de pautar suas propostas de inovações e alterações legislativas visando a tutela da dignidade da pessoa humana, incluindo as pessoas deficientes, tendo em vista que o Brasil é signatário de tratados internacionais, que visam a inclusão e a promoção social de pessoas em situação de vulnerabilidade.

O Poder Judiciário, como guardião final dos direitos e garantias fundamentais e sociais, deve afastar interpretações da legislação vigente e impedir a concretização de propostas legislativas, inovações e alterações, que importam em restrição das conquistas dessas minorias, incompatíveis com os postulados constitucionais mencionados neste estudo.

Referências

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Curso de direito constitucional. São Paulo: Editora Verbatim, 2011. p. 165.

AVILA, Humberto. Sistema constitucional tributário: de acordo com a emenda constitucional n. 53, de 19-12-2006. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 504-505.

CORRÊA, Sara. Sobre o significado de ius – “Direito”. Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial,. Número 54, ano 14, out/dez 1990.

FLORES, Joaquin Herrera. A (re)invenção dos direitos humanos. Florianópolis. Boiteux. 2009. p. 30.

LAZARI, Rafael de. Manual de direito constitucional. 3. ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019. p. 389.

LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado. 14. ed. ver. atual. eampl. –São Paulo: Saraiva, 2010. p. 739.

NABAIS, José Casalta. O dever fundamental de pagar impostos: contributo para compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo. 4 ed. Coimbra, Portugal: Almedina, 2015.

ONU. Assembleia Geral das Nações Unidas. Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. 2007. Disponível em: <<https://www.oab.org.br/arquivos/a-convencao-sobre-os-direitos-das-pessoas-com-deficiencia-comentada-812070948.pdf>>. Acesso em: 19 out. 2019.

PIOVESAN, Flávia. Temas de Direitos Humanos. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 332-471.

RIBEIRO, Maria de Fátima; VINHA, Thiago Degelo. Efeitos Socioeconômicos dos Tributos e sua Utilização como Instrumento de Políticas Governamentais. Derecho & Cambio Social. Número 02. Ano I, La Molina, Lima-Peru. 2004. Disponível em: <<https://www.derechoycambiosocial.com/revista002/tributos.htm>>. Acesso em: 20 set. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 4 ed. rev. Atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 74-75.

Impacto da quarta revolução industrial nas relações de emprego

Impact of the fourth industrial revolution on employment relations

Kárita Barboza Gouveia¹

Nicélia Pereira Lima Ferreira²

Sumário: 1. Introdução; 2. O avanço tecnológico com a Revolução Industrial, 3. Impactos da Quarta Revolução Industrial na geração de empregos; 5. Considerações Finais.

Resumo: A Quarta revolução industrial se desenvolveu através do tempo. Foi gradativamente sendo moldada com os conhecimentos adquiridos pela humanidade. A princípio nos parece assustador, não difere de todas as novidades, até que se torne muitas das vezes corriqueiro. O planeta encontra-se no início de uma nova Revolução Industrial, mais importante e desafiadora do que as três revoluções anteriores (Almeida, 2005)³, estabelece uma ampla transição tecnológica ao meio produtivo de maneira que os diversos setores passarão a vivenciar um novo ambiente de ruptura em que haverá a criação de novos modelos de negócios com maior flexibilidade e robustez, juntamente com os mais altos padrões de qualidade em processos de engenharia, planejamento, fabricação, operação e logística. No mercado de trabalho as transformações serão profundas. O trabalho como o conhecemos será ressignificado, capacidades antes exigidas serão deixadas de lado enquanto novas serão incluídas. O trabalho imaterial/intelectual ganha destaque nesse novo cenário e as implicações dessa transformação serão muitas, desde o desemprego tecnológico até o surgimento de novas formas de exploração da força de trabalho. Portanto, o caminho para o novo mundo do trabalho é a recapacitação da mão de obra para que os trabalhadores consigam desenvolver novas habilidades, novos trabalhos em conjunto à tecnologia. E, assim, ao contrário do que muitos sustentam, não se trata da iminente obsolescência de todos os trabalhadores e funções humanas, ou mesmo do fim do trabalho como conhecemos; em realidade, algumas habilidades humanas se tornaram mais valiosas que nunca. Por fim, é compreendido que o ser humano sempre se adaptou às mudanças que a tecnologia imprimiu na realidade social, havendo a geração de novas funções. Contudo, para isso, é necessário que percebamos a tecnologia como ela é, atuando não de forma a competir com ela, mas sim compatibilizando o trabalho antes exclusivamente humano com os novos sistemas, inovando e dinamizando a atividade laboral.

Palavras-chave: Revolução Industrial; Geração de emprego; Avanço tecnológico.

Abstract: The Fourth Industrial Revolution developed over time. It was gradually being shaped with the knowledge acquired by humanity. At first it seems scary to us, it does not differ from all the news, until it often becomes commonplace. The fourth industrial revolution, also known as the industry era, and like all past revolutions, establishes a wide technological transition to the productive environment so that the different sectors will experience a new rupture environment in which new business models will be created with greater flexibility and robustness, together with the highest quality standards in engineering, planning, manufacturing, operation and logistics processes. In the labor market, the changes will be profound. Work as we know it will be reframed, capacities previously required will be set aside while new ones will be included. Immaterial / intellectual work is highlighted in this new scenario and the implications of this transformation will be many, from technological unemployment to the emergence of new forms of exploitation of the workforce. And so, contrary to what many maintain, it is not about the impending obsolescence of all workers and human functions, or even the end of work as we know it; in fact, some human skills have become more valuable than ever. Finally, it is understood that the human being has always adapted to the changes that technology has made in social reality, with the generation of new functions. However, for this, it is necessary that we perceive technology as it is, acting not in a way to compete with it, but rather making work previously exclusively human compatible with new systems, innovating and dynamizing work activity.

Keywords: Industrial Revolution; Employment generation; Technological progress.

1 Mestranda no Mestrado Profissional em Direito das Empresas e dos Negócios pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Especialista em Direito Processual Civil com capacitação para o Ensino no Magistério Superior pela Faculdade Damásio (2019). Graduada em Direito pela Universidade de Rio Verde (2013). Advogada no escritório Barboza Malta Advogados. Servidora na Universidade de Rio Verde. Endereço eletrônico: karitabgadv@gmail.com.

2 Mestranda no Mestrado Profissional em Direito das Empresas e dos negócios pela Universidade do Vale dos Sinos (UNISINOS). Especialista em Direito Público com ênfase em Gestão Pública (2016) pela Faculdade Damásio. Especialista em Direito Constitucional Aplicado com capacitação para o ensino no Magistério Superior (2017) pela Faculdade Damásio. Graduada em Direito (2013) pela UniRV – Universidade de Rio Verde. Graduada em Programa Especial de Formação Pedagógica em Biologia pela Claretiano Centro Universitário, Claretiano/BAT (2016). Graduada em Farmácia pela Universidade de Rio Verde, FESURV (2007). Advogada. Servidora da Universidade de Rio Verde – UniRV. Endereço eletrônico: nilima@hotmail.com.

3 ALMEIDA, P. R. O Brasil e a nanotecnologia: rumo à quarta revolução industrial. 2005. Espaço Acadêmico, Maringá, a. VI, n. 52, set. 2005.

1. Introdução

Atualmente, estamos no início de uma revolução que alterará profundamente a maneira como vivemos, trabalhamos e nos relacionamos, é a quarta revolução industrial algo diferente de tudo aquilo que já foi experimentado pela humanidade. Precisamos compreender de forma mais abrangente a velocidade e a amplitude dessa nova revolução. Imagine as possibilidades ilimitadas de bilhões de pessoas conectadas por dispositivos móveis, dando origem a um poder de processamento, recursos de armazenamento e acesso ao conhecimento sem precedentes, sendo simplesmente assombrosa a profusão de novidades tecnológicas que abarca inúmeras áreas sendo algumas: inteligência artificial (IA), robótica, a internet das coisas (IoT, na sigla em inglês), veículos autônomos, impressão em 3D, nanotecnologia, biotecnologia, ciência dos materiais, armazenamento de energia e computação quântica⁴.

Muitas dessas inovações estão apenas no início, mas já estão chegando a um ponto de inflexão de seu desenvolvimento, pois elas constroem e amplificam umas às outras, fundindo as tecnologias dos mundos físico, digital e biológico.

Este conhecimento compartilhado passa a ser especialmente decisivo para moldarmos um futuro coletivo que reflita valores e objetivos comuns. Necessita de uma visão compartilhada abrangente e global sobre como a tecnologia tem mudado nossas vidas e mudará a das gerações futuras, e sobre como ela está remodelando o contexto econômico, social, cultural e humano em que vivemos.

Esse é o resultado do mundo multifacetado e profundamente interconectado em que vivemos; além disso, as novas tecnologias geram outras mais novas e cada vez mais qualificadas. — Amplitude e profundidade: ela tem a revolução digital como base e combina várias tecnologias, levando a mudanças de paradigma sem precedentes da economia, dos negócios, da sociedade e dos indivíduos⁵.

O impacto da quarta revolução industrial envolve a transformação de sistemas inteiros entre países e dentro deles, em empresas, indústrias e em toda sociedade.

Os avanços tecnológicos terão grandes impactos no mundo do trabalho e suas consequências para os trabalhadores. Grandes consequências serão geradas a certa da implementação e utilização de novas tecnologias no trabalho, bem como acerca da substituição do trabalhador pela tecnologia e sua consequente dispensa, a qual inclina para ocorrência em massa.

O presente estudo bibliográfico tem com objetivo enfatizar os principais impactos da tecnologia na vida dos trabalhadores e possíveis proteções aos direitos dos trabalhadores.

2. O Avanço Tecnológico com a Quarta Revolução Industrial

Com o surgimento de vários eventos em tecnologia houve a possibilidade do avanço tecnológico nos últimos tempos. Sendo os eventos principais: Internet das Coisas, Impressão 3D, Computação em Nuvem, Big data, Fábricas Inteligentes,

⁴ Schwab, Klaus. A quarta revolução industrial; tradução Daniel Moreira Miranda. - São Paulo : Edipro, 2016. p. 11.

⁵ Schwab, Klaus. A quarta revolução industrial; tradução Daniel Moreira Miranda. - São Paulo : Edipro, 2016. p. 11-12.

Cyber segurança.

As três primeiras revoluções industriais surgiram como resultado da mecanização, eletricidade e TICs. Agora, a introdução da Internet de Coisas no ambiente de produção está dando origem uma quarta revolução industrial (KAGERMANN et al., 2013)⁶.

Ainda segundo Kagermann et al (2013)⁷, a Internet de Coisas torna possível a criação de redes que abrangem todo o processo de produção e transforma as fábricas em um ambiente inteligente.

A internet das coisas é a interação dos objetos com os humanos. É a tecnologia em sua totalidade a ponto de não precisar de intervenção humana direta, deixando os objetos ainda mais inteligentes e com autonomia. Como ressalta Valente (2011)⁸:

A Internet das Coisas é um paradigma que tem como objetivo criar uma ponte entre acontecimentos do mundo real e as suas representações no mundo digital. O objetivo é integrar o estado das Coisas que constituem o nosso mundo em aplicações de software, beneficiando do contexto onde estão instaladas.

A quarta revolução Industrial, está trazendo a IoT, para as empresas, com as máquinas interagindo entre si, coletando e analisando dados, podendo armazená-los em nuvem, permitindo ainda, identificar e solucionar problemas sem a interferência humana, tomando decisões eficientes sozinhas.

A impressão 3D é decorrente da inovação tecnológica e tem como objetivo criar um objeto físico por meio de um modelo digital em três dimensões. Foi desenvolvida em meados dos anos 1980 com o nome prototipagem rápida pois, só eram produzidos protótipos mais rápidos e baratos, hoje em dia já é possível fazer inúmeros projetos.

Segundo Silva (2010)⁹, a computação em nuvem é um novo modelo de armazenamento de dados no qual não existe restrição de quantidade e serviços que permite ao usuário acessá-lo em qualquer lugar e momento independente de plataforma só é necessário um terminal conectado à nuvem.

Segundo o Instituto Nacional de Normas e Tecnologia, a Computação em Nuvem é um modelo que permite acesso de forma conveniente e sob demanda a um conjunto de recursos computacionais compartilhados (por exemplo redes, servidores, unidades de armazenamento, aplicativos e serviços) que pode rapidamente ser garantido e disponibilizado com mínimo esforço de gestão ou interação com os provedores de serviço” (MELL; GRANCE, 2011)¹⁰.

Com a criação da internet, celulares, redes sociais, entre outros, uma gama de dados é gerada e armazenada a cada instante. Com o surgimento da Big Data, esses dados são analisados e catalogados com o intuito de extrair informações e então compreendê-los para que possam agregar valor ao determinado meio aplicável.

6 Kagermann, Henning, Wolf-Dieter Lukas, and Wolfgang Wahlster. “Industrie 4.0: Mit dem Internet der Dinge auf dem Weg zur 4. industriellen Revolution.” VDI nachrichten, 2013

7 Kagermann, Henning, Wolf-Dieter Lukas, and Wolfgang Wahlster. “Industrie 4.0: Mit dem Internet der Dinge auf dem Weg zur 4. industriellen Revolution.” VDI nachrichte 2013.

8 Valente, B. A. L. UmmiddlewareparaaInternet das coisas. Tese (Doutorado) — Sistemas Integrados de Bibliotecas Repositórios, Lisboa, 2011. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10451/9211>>. Acesso em 20 de set. de 2020

9 Silva, F. H. R. Um estudo sobre os benefícios e os riscos de segurança na utilização de Cloud Computing; 2010. 15f. Artigo científico de conclusão de curso apresentado no Centro Universitário Augusto Motta, UNISUAM-RJ.

10 MELL, P.; GRANCE, T. The NIST definition of cloud computing. 2011. Disponível em: <<https://nvlpubs.nist.gov/nistpubs/Legacy/SP/nistspecialpublication800-145.pdf>>. Acesso em: 18 set. 2020

Segundo Magalhães (2014)¹¹, Big Data é uma grande massa de dados/metade dos quais geramos todos os dias, com características estruturadas (armazenados em banco de dados) e não estruturadas (fotos, vídeos, e-mails) e que, na maioria das vezes, é analisada para atender a eventos em tempo real, buscando a partir da autenticidade dos dados dar sentido as informações relevantes passíveis de agregar valor tanto para empresas que buscam estratégias para seu negócio como para governos que buscam entender as demandas e características da população.

Fábricas inteligentes é a Inter-relação de trabalhadores, máquinas, produtos e matérias-primas. Trabalhando juntos e ao mesmo tempo, comunicando-se por meio da rede de internet avançada. Os robôs serão o fator chave nessa transição e implementação. De acordo com Yoon et al (2012)¹², uma fábrica inteligente deve combinar tecnologia de computação ubíqua como facilitador para resolver problemas no chão de fábrica com os elementos existentes.

As principais características das fábricas inteligentes devem ser a transparência na informação, controle autônomo, bem como a fabricação sustentável. O principal meio para implementar esta visão e a compatibilidade com o RFID, tecnologia de sensor ubíquo ou Sistema de Localização em Tempo Real (SLTR) (YOON al, 2012)¹³.

Cibersegurança (Cybersecurity) é o termo utilizado para denominar procedimentos, práticas e tecnologias que visam a segurança digital contra práticas ilícitas e danos aos computadores, redes, programas e dados.

A internet está cada vez mais presente na vida das pessoas, e principalmente com o surgimento dos smartphones, redes sociais, bancos disponibilizando contas e transações online a segurança precisa ser reforçada. Segurança cibernética, entre outros conceitos, consiste na “arte de assegurar a existência e a assiduidade da Sociedade da Informação de uma Nação, garantindo e protegendo, no Espaço Cibernético, seus ativos de informação e suas infraestruturas críticas” (BRASIL, 2015)¹⁴.

3. Impactos da Quarta Revolução Industrial na Geração de Empregos

Apesar do potencial impacto positivo da tecnologia no crescimento econômico, é essencial, contudo, abordar o seu possível impacto negativo, pelo menos em curto prazo, no mercado de trabalho. Isso porque, ainda que os seres humanos tenham uma incrível capacidade de adaptação e inventividade, questiona-se até que ponto a criação de novas profissões e indústrias conseguirá suplantará a ruptura alimentada pela tecnologia e pela automação no cenário do trabalho, especialmente do emprego.

11 Magalhães, V.R.V. et al. O uso do Big Data na violação da privacidade dos usuários para estratégias de negócios. Canindé: IFCE, 2014.

12 j.-s. Yoon, S.-J. Shin, and S.-H. Suh, “A conceptual framework for the ubiquitous factory”, International Journal of Production Research, vol.50, no. 8, Taylor & Francis, pp.2174–2189, 2012.

13 j.-s. Yoon, S.-J. Shin, and S.-H. Suh, “A conceptual framework for the ubiquitous factory”, International Journal of Production Research, vol.50, no. 8, Taylor & Francis, pp.2174–2189, 2012.

14 Brasil. Presidência da República. Gabinete de Segurança Institucional. Estratégia de segurança da informação e comunicações e de segurança cibernética da administração pública federal 2015-2018: versão 1.0. Brasília, DF. 2015. Disponível em: <http://dsic.planalto.gov.br/documentos/publicacoes/4_Estrategia_de_SIC.pdf> Acesso em: 22 de setembro 2020.

A quarta revolução industrial não diz respeito apenas a sistemas e máquinas inteligentes e conectadas. Tem um propósito muito mais amplo. Ondas de novas descobertas ocorrem em áreas que vão desde o sequenciamento genético até a nanotecnologia, das energias renováveis à computação quântica. O que torna a quarta revolução industrial fundamentalmente diferente das anteriores é a fusão dessas tecnologias e a interação entre os domínios físicos, digitais e biológicos.

Segundo Klaus Schwab¹⁵, nessa revolução, as tecnologias emergentes e as inovações generalizadas são difundidas muito mais rápida e amplamente do que nas anteriores. Isto a faz diferente das demais, nas quais se poderia afirmar existir mera evolução tecnológica. Com a quarta revolução, tem-se a concretização do conceito de “disrupção” (quebra de um processo)¹⁶.

As empresas ainda estão tentando entender o que está se passando na área tecnológica que afetarão seus negócios, haja vista a quantidade de produtos e soluções que estão e são colocadas no mercado. Todos serão atingidos por essas novas ideias e possibilidades advindas da Quarta Revolução Industrial. Dessa maneira, inovação e adaptação são as palavras do momento.

Chega-se, então, a uma época em que se deve assegurar um direito a trabalhabilidade para que o trabalhador seja tutelado em face dos avanços tecnológicos e tal proteção deve se dar através do compartilhamento da responsabilidade entre Estado, Empresa e Sindicato. (FINCATO, 2019)¹⁷.

Em que pese à proteção estar consagrada constitucionalmente, o que se percebe é a falta de efetividade da norma, a crescente exponencial da quarta revolução industrial e a substituição do trabalhador. E não só isso, será que a norma protege quanto a todo tipo de avanço tecnológico como a inteligência artificial? Evidencia-se aqui uma possível lacuna legislativa. (FINCATO, SILVA, 2019)¹⁸ Essa revolução provocará mais inquietudes do que as anteriores em razão da sua velocidade, amplitude, profundidade e transformação completa do sistema. Assim, o trabalhador terá que se adaptar continuamente e desenvolver novas habilidades.

Há uma certeza: as novas tecnologias mudarão drasticamente a natureza do trabalho em todos os setores e ocupações. A incerteza fundamental tem a ver com a quantidade de postos de trabalho que serão substituídos pela automação. Pela primeira vez, desde o início da industrialização, as inovações tecnológicas ameaçam destruir mais postos de trabalho do que podem criar. Quanto tempo isso vai demorar e aonde chegará? Essas transformações têm impacto na distribuição de renda, na incerteza quanto ao futuro dos jovens, na precarização do trabalho, na associação e entre proteção social e emprego entre outros.

É incontroverso que o homem se dignifica e subsiste através do seu trabalho. Desse modo, o caminho para o novo mundo do trabalho é a recapacitação da mão

15 Schwab, Klaus. A quarta revolução industrial/Klaus Schwab; tradução Daniel Moreira Miranda. - São Paulo : Edipro, 2016.

16 Michaelis Moderno Dicionário da Língua Portuguesa. São Paulo: Melhoramentos, 2018.

17 Fincato, Denise Pires; SILVA, Cecília Alberto Coutinho. Automação, inteligência artificial e futuro da advocacia: empregabilidade como um direito. Revista de Direito e as Novas Tecnologias.

18 Fincato, Denise Pires; SILVA, Cecília Alberto Coutinho. Automação, inteligência artificial e futuro da advocacia: empregabilidade como um direito. Revista de Direito e as Novas Tecnologias.

de obra para que os trabalhadores consigam desenvolver novas habilidades, novos trabalhos em conjunto à tecnologia. Por óbvio e lógico se tem a readaptação - é característica inerente ao ser humano a adaptação - e, assim, se obtém um novo trabalho e um novo modo de produção de riqueza sem os efeitos maléficos da demissão em massa.

4. Considerações Finais

Com a grande sequência de avanço tecnológico nos últimos anos, verificou o surgimento da Quarta Revolução Industrial, em que se destacou os seguintes eventos internet das coisas, impressão 3D, computação em nuvem, big data, fábricas inteligentes, Cyber segurança, dentre outros. A Quarta Revolução Industrial vem contribuindo substancialmente para a produção de riqueza, tendo em vista que proporciona um aumento da produtividade, diminuição dos custos e tempo de produção e a capacidade de desenvolvimento de lotes pequenos com elevados níveis de flexibilização e customização.

O novo cenário mundial que está sendo desenhado com o avanço tecnológico será caracterizado por um novo nível de interação entre todos os agentes e recursos envolvidos no processo de fabricação. Tal fato exigirá redes de recursos de fabricação autônomas, aptas a se controlar em função de distintas situações, fundamentadas no conhecimento, sensorial e espacialmente dispersas e que também incorporam os sistemas de planejamento e gerenciamento relevantes.

Verifica-se, dessa maneira, que a quarta era da indústria, assim como todas as Revoluções passadas, estabelece uma ampla transição tecnológica ao meio produtivo de maneira que os diversos setores passarão a vivenciar um novo ambiente de ruptura em que haverá a criação de novos modelos de negócios com maior flexibilidade e robustez, juntamente com os mais altos padrões de qualidade em processos de engenharia, planejamento, fabricação, operação e logística.

No mercado de trabalho as transformações serão profundas. O trabalho como o conhecemos será ressignificado, capacidades antes exigidas serão deixadas de lado enquanto novas serão incluídas. O trabalho imaterial/intelectual ganha destaque nesse novo contexto e as implicações dessa transformação podem ser muitas, desde o desemprego tecnológico até o surgimento de novas formas de exploração da força de trabalho.

Portanto, o caminho para o novo mundo do trabalho é a recapacitação da mão de obra para que os trabalhadores consigam desenvolver novas habilidades, novos trabalhos em conjunto à tecnologia.

E, assim, ao contrário do que muitos sustentam, não se trata da iminente obsolescência de todos os trabalhadores e funções humanas, ou mesmo do fim do trabalho como conhecemos; em realidade, algumas habilidades humanas se tornaram mais valiosas que nunca.

Por fim, é compreendido que o ser humano sempre se adaptou às mudanças que a tecnologia imprimiu na realidade social, havendo a geração de novas funções. Contudo, para isso, é necessário que percebamos a tecnologia como ela é, atuando não de

forma a competir com ela, mas sim compatibilizando o trabalho antes exclusivamente humano com os novos sistemas, inovando e dinamizando a atividade laboral.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, P. R. O Brasil e a nanotecnologia: rumo à quarta revolução industrial. 2005. Espaço Acadêmico, Maringá, a. VI, n. 52, set. 2005.

BRASIL. Presidência da República. Gabinete de Segurança Institucional. Estratégia de segurança da informação e comunicações e de segurança cibernética da administração pública federal 2015-2018: versão 1.0. Brasília, DF. 2015. Disponível em: <http://dsic.planalto.gov.br/documentos/publicacoes/4_Estrategia_de_SIC.pdf> Acesso em: 22 de setembro 2020.

FINCATO, Denise Pires; SILVA, Cecília Alberto Coutinho. Automação, inteligência artificial e futuro da advocacia: empregabilidade como um direito. Revista de Direito e as Novas Tecnologias. vol 2/2019. jan/mar 2019.

J.-S. YOON, S.-J. Shin, and S.-H. Suh, A conceptual framework for the ubiquitous factory, International Journal of Production Research, vol.50, no. 8, Taylor & Francis, pp.2174–2189, 2012.

KAGERMANN, Henning, Wolf-Dieter Lukas, and Wolfgang Wahlster. Industrie 4.0: Mit dem Internet der Dinge auf dem Weg zur 4. industriellen Revolution. VDI nachrichte 2013.

MAGALHÃES, V.R.V. et al. O uso do Big Data na violação da privacidade dos usuários para estratégias de negócios. Canindé: IFCE, 2014

MELL, P.; GRANCE, T. The NIST definition of cloud computing. 2011. Disponível em: <<https://nvlpubs.nist.gov/nistpubs/Legacy/SP/nistspecialpublication800-145.pdf>>. Acesso em: 18 set. 2020

Michaelis Moderno Dicionário da Língua Portuguesa. São Paulo: Melhoramentos, 2018.

SCHWAB, Klaus. A quarta revolução industrial; tradução Daniel Moreira Miranda. - São Paulo: Edipro, 2016.

SILVA, F. H. R. Um estudo sobre os benefícios e os riscos de segurança na utilização de Cloud Computing; 2010. 15f. Artigo científico de conclusão de curso apresentado no Centro Universitário Augusto Motta, UNISUAM-RJ.

VALENTE, B. A. L. Um middleware para a Internet das coisas. Tese (Doutorado) — Sistemas Integrados de Bibliotecas Repositórios, Lisboa, 2011. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10451/9211>>. Acesso em 20 de set. 2020

O direito a educação e os impactos da prática da individualização

The right to education and the impacts of practice of individualization

Cesar Riboli¹

Sumário: 1 Considerações Iniciais. 2 A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. 3 Educação Enquanto um Direito Humano Básico. 4 A Individualização Como Prática da Sociedade Contemporânea. 4 Considerações Finais. 5 Referências Bibliográficas.

Resumo: O texto trata do direito a educação visto sob o prisma dos impactos decorrentes da prática da individualização, esta concebida como um produto da sociedade contemporânea. O direito a educação tem como marco histórico de reconhecimento a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. A Declaração influenciou os povos e em especial os Estados modernos, os quais passaram a incorporar os princípios nas respectivas Constituições. A educação passou a ser concebida como um pré-requisito para a conquista de outros tantos direitos fundamentais, ligados ao desenvolvimento humano, a cidadania e a dignidade da pessoa humana. O Estado passou por diversas transformações no decorrer dos tempos, incorporando culturas e direitos, sendo impactado como consequência das transformações que ocorrem em seus indivíduos. A individualização enquanto uma prática da sociedade contemporânea vem reconhecida por importantes teóricos, destacando-se Baumann, Beck e Castel. Em fazendo parte do mundo contemporâneo, a individualização impacta as relações humanas e o comportamento dos sujeitos. A educação não passa ilesa aos impactos da individualização na medida em que os objetivos da formação estão ligados umbilicalmente a conjuntura de vida, nesse aspecto, ela se constitui em um risco para a vida em sociedade, já que como afirma Aristóteles, o ser humano é um ser essencialmente social.

Palavras-chave: Direito a educação. Impactos. Práticas. Individualização.

Abstract: The text deals with the right to education seen from the perspective of the impacts arising from the practice of individualization, which is conceived as a product of contemporary society. The right to education has the 1948 Universal Declaration of Human Rights as a historical landmark of recognition. The Declaration influenced peoples and especially modern states, which began to incorporate the principles in their respective Constitutions. Education started to be conceived as a prerequisite for the conquest of so many other fundamental rights, linked to human development, citizenship and the dignity of the human person. The State has undergone several transformations over time, incorporating cultures and rights, being impacted as a consequence of the transformations that occur in its individuals. Individualization as a practice in contemporary society has been recognized by important theorists, with emphasis on Baumann, Beck and Castel. As part of the contemporary world, individualization impacts human relationships and the behavior of subjects. Education does not go untouched by the impacts of individualization as the objectives of training are linked umbilically to the conjuncture of life, in this aspect, it constitutes a risk to life in society, since as Aristotle says, the human being is an essentially social being.

Keywords: Right to education. Impacts. Practices. Individualization.

¹ Doutor em Educação pela Unisinos. Mestre em Direito pela URI. Especialista em Docência do Ensino Superior, Direito Civil, Processo Civil, Contabilidade Gerencial e Direito Tributário. Graduado em Direito, Administração e Ciências Contábeis. Professor da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - URI Campus de Frederico Westphalen, RS. Coordenador do Curso de Direito. Técnico Tributário da Receita Estadual Inativo e Advogado. É avaliador de curso do INEP/MEC. e-mail: criboli@uri.edu.br.

1. Considerações iniciais

A temática do texto versa sobre a individualização na sociedade contemporânea, vista sob a ótica de uma prática dos sujeitos que impacta na vida das pessoas, de um modo particular, analisada aqui em relação ao direito à educação. É certo que todos sonham com uma sociedade ideal, mais justa e melhor, para tanto, um dos requisitos indispensáveis é o conhecimento proveniente da educação. Por outro lado, enquanto seres humanos que somos dotados de competências, temos a possibilidade de compreender o modo pelo qual as coisas são feitas, como acontecem e as razões delas. A partir dessas percepções é possível interferir na realidade e contribuir para a construção de uma sociedade melhor.

A sociedade contemporânea passa por grandes transformações, impulsionadas por vários fatores, dentre os quais destaca-se a globalização, a velocidade de comunicação, as tecnologias, o consumismo e a individualização enquanto práticas de vida. Há, ainda os efeitos que as grandes organizações econômicas exercem na forma de organização social, tanto no que diz respeito aos parâmetros de vida quanto no comportamento humano, cada vez mais evidentes, assim como as novas práticas de vida dos indivíduos.

Neste cenário a busca pela igualdade de oportunidades a partir da educação, entendida enquanto direito fundamental capaz de interferir na realidade do indivíduo ganha relevo, pois uma sociedade mais justa é sinônima de melhor sociedade. Acontece que a educação enquanto instrumento determinante nas transformações sociais, depende também, em muito dos indivíduos que são resultado de uma cultura individualizada, que procuram a solução de suas demandas através dos instrumentos que estão a sua disposição.

Entretanto, não somente a luta do indivíduo pelo direito a educação que emerge de uma nova realidade social, fortemente influenciada pelo marco internacional estabelecido na Declaração Universal dos Direitos Humanos e consolidada nas Constituições contemporâneas tem sido suficiente para um ideal de vida feliz. As práticas de vida e de estudo na modernidade alteram comportamentos e a forma de aprendizagem, tudo é, de alguma forma, impactado pelas práticas da vida moderna, a nova ordem que passa a condicionar a realidade de vida.

2. A Declaração Universal Dos Direitos Humanos De 1948

A Declaração Universal dos Direitos do Homem representa a manifestação da única prova através da qual um sistema de valores pode ser considerado humanamente fundado e, portanto, reconhecido. (BOBBIO, 1992, p. 26).

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, os dirigentes dos países que se tornaram potências em um mundo pós-guerra, liderados pelos Estados Unidos e pela União Soviética, estremecidos pela barbárie vivenciada na guerra, passaram a se preocupar com a instituição de um mundo que estivesse alicerçado em novos parâmetros ideológicos. Então, em 1945, na conferência de Yalta, na Rússia, foram lançadas as bases para a constituição de uma organização multilateral que fosse

capaz de promover negociações internacionais relacionadas a conflitos entre países, de modo que fosse possível promover a paz e a democracia, fortalecer os direitos humanos e evitar a ocorrência de guerras.

Surge a ONU, como uma organização internacional, constituída por países de forma voluntária, com o propósito de trabalhar pela paz e pelo desenvolvimento do mundo. Vale destacar um trecho da Carta das Nações Unidas, documento de fundação da organização internacional, expressando os propósitos e as ideias de sua constituição:

Nós, os povos das Nações Unidas, resolvimos a preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, que, por duas vezes no espaço da nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade, e a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, assim como das nações grandes e pequenas, e a estabelecer condições sob as quais a justiça e o respeito às obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes de direito internacional possam ser mantidos, e a promover o progresso social e melhores condições de vida dentro de uma liberdade mais ampla. (ONUBR, 1945).

Proclamada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU), a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) é um documento que se constitui como marco importante no cenário internacional no que diz respeito à proteção de direitos básicos do ser humano. Ela foi adotada e aprovada pela Resolução nº 217 A (III) da Assembleia Geral ONU de 10 de dezembro de 1948. O preâmbulo indicava que os esforços para atingir os direitos humanos deveriam vir através do ensino e da educação, como condição:

Tendo sempre em mente esta Declaração, se esforce, através do ensino e da educação, por promover o respeito a esses direitos e liberdades, e, pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, por assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universal e efetiva, tanto entre os povos dos próprios Estados-Membros, quanto entre os povos dos territórios sob sua jurisdição. (ONUBR, 1948).

Mesmo não sendo uma Lei ou documento internacional de observância obrigatória pelas nações, a Declaração serviu de base importante para os tratados internacionais de direitos humanos. Ela influenciou diretamente a elaboração das Constituições dos países no mundo inteiro e no reconhecimento do direito à educação.

O artigo 1º da Declaração trata da liberdade e da igualdade de direitos e em dignidade, estabelece que “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade”. Por sua vez, o artigo 7º, trata da igualdade perante a lei, estabelecendo que “Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação”.

Merece especial atenção o disposto no artigo 26, que trata do direito à educação:

Artigo 26º Toda a pessoa tem direito à educação. A educação deve ser gratuita, pelo menos a correspondente ao ensino elementar fundamental. O ensino elementar é obrigatório. O ensino técnico e profissional deve ser generalizado; o acesso aos estudos superiores deve estar aberto a todos em plena igualdade, em função do seu mérito. 2. A educação deve visar à plena expansão da personalidade humana e ao reforço dos direitos do Homem e das liberdades fundamentais e deve favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e todos os grupos

raciais ou religiosos, bem como o desenvolvimento das atividades das Nações Unidas para a manutenção da paz. 3. Aos pais pertence a prioridade do direito de escolher o género de educação a dar aos filhos. (ONUBR, 1948).

Foi estabelecido como compromisso do Estado, o dever de garantir uma educação gratuita equivalente ao ensino elementar fundamental de carácter obrigatório. A DUDH estabeleceu como objetivo da educação a plena expansão da personalidade do ser humano, o reforço dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, atribuindo o direito aos pais de escolha do género de educação a ser oferecida a seus filhos.

A citação inicial de Bobbio, traz o fundamento através do qual a humanidade encontra a solução para a proteção dos direitos humanos, refletindo na maior prova da história da humanidade que representa um consenso de um sistema de valores humanos.

Somente após a Declaração Universal de Direitos Humanos é que “podemos ter certeza histórica de que a humanidade - toda a humanidade - partilha alguns valores comuns; e podemos, finalmente, crer na universalidade dos valores, no único sentido em que universal significa não algo dado objetivamente, mas algo subjetivamente” (BOBBIO, 1992, p. 28), esta concepção passou a ser acolhida universalmente.

3. A educação enquanto um direito humano básico

A educação enquanto direito e garantia fundamental social é produto do Estado Constitucional e contemporâneo influenciado pelo desenvolvimento humano e pelos reconhecimentos das Declarações Internacionais de Direitos. No Brasil esse reconhecimento ganha corpo e proteção jurídica enquanto direito subjetivo com a Constituição Federal de 1988.

A busca pela normalização democrática do país e pela efetivação de um Estado Democrático de Direito, teve origem logo que se instalou o Golpe Militar de 1964, notadamente após o Ato Institucional nº 5, o qual se configurou como o instrumento de maior cunho autoritário da história política brasileira.

A Constituição foi editada em sintonia com o momento de abertura política vivenciado no país. O espírito é de uma Constituição Cidadã que propõe a incorporação de sujeitos historicamente excluídos do direito à educação, valorizando o princípio da “igualdade de condições para permanência e acesso na escola.” (VIEIRA, 2007, p. 304).

A opção foi pela instituição de um Estado Democrático que tem por objetivo assegurar o exercício de direitos fundamentais sociais e individuais, tendo a igualdade e a justiça como valores maiores da sociedade brasileira.

O poder originário, segundo a teoria de Bobbio (1992) e de Kelsen (2005), decorre da norma fundamental, o brasileiro, antes do texto constitucional, fez constar, um conjunto de enunciados que tem o propósito de vincular todo o sistema a determinados fundamentos e valores, dentre os quais está a educação.

Se um dos princípios fundamentais da República é garantir a dignidade da pessoa humana, construir uma sociedade livre, justa e solidária, erradicar a pobreza,

a marginalidade, reduzir as desigualdades sociais e regionais, promover o bem-estar de todos, sem qualquer tipo de preconceito ou discriminação, certamente, isso somente poderá ser alcançado mediante a implementação de políticas públicas que deem efetividade ao direito à educação. Sem isso, tais fundamentos representarão letras mortas em termos de normas.

Enquanto direitos sociais dos indivíduos que integram a sociedade brasileira, a educação está prevista no artigo 6º da Constituição, juntamente com os direitos à saúde, à alimentação, ao trabalho, à moradia, ao transporte, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção da maternidade e da infância e à assistência aos desamparados. Para dar a concretude ao direito fundamental à educação, a Constituição, no artigo 205 estabelece que “A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”.

Para que o dever do Estado para com o direito fundamental social à educação seja efetivado, a Constituição, em seu artigo 208, estabelece determinadas garantias. São elas: “O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: I - Educação básica obrigatória e gratuita dos 4 aos 17 anos, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria; (BRASIL, 1988).

A Assembleia Constituinte teve tamanha preocupação em assegurar o direito fundamental à educação enquanto dever do Estado que o incluiu no rol dos direitos subjetivos. O acesso ao ensino público obrigatório e gratuito, portanto, é um direito pessoal, passível de ser exigido do Estado, inclusive pela via judicial (art. 208, § 1º).

Além disso, a proteção é resguardada de modo que, caso de não oferta ou da oferta irregular do ensino obrigatório, a autoridade competente será responsabilizada (art. 208, § 2º). A Constituição estabelece ainda que a educação é obrigatória, por isso indisponível. Concepção essa, universalista de direitos sociais, de modo que, em caso de os pais ou responsáveis não cumprirem com o dever, estarão sujeitos à penalização.

Dessa forma, pela análise da Constituição brasileira de 1988, evidencia-se que existe a previsão legal de um direito à educação básica obrigatória em sua concepção objetiva (Norma Fundamental). Existe, portanto, uma norma de natureza constitucional, capaz de impor um dever ao poder político (governo) e, por conseguinte, capaz de produzir efeitos jurídicos. Por outro lado, para que um direito objetivo seja passível de ser exigido pelos indivíduos, é necessário que seja reconhecido também enquanto direito subjetivo.

Entende-se um direito subjetivo como sendo “todo o direito de que a regra objetiva dota os sujeitos de direito, conferindo-lhes projeção própria, e atuação voluntária, ou não.” (MIRANDA, 1993, p. 112). Nesse sentido, a análise do texto constitucional leva à conclusão da existência de um direito fundamental social à educação em sua modalidade objetiva e, também subjetiva, de modo que é possível ser exercido pelos indivíduos.

A educação é um direito do ser humano, um direito fundamental e indisponível,

pois se trata de um pré-requisito para que as pessoas consigam galgar outros tantos direitos indispensáveis para assegurar a dignidade da pessoa humana, para ser garantido a todos um desenvolvimento integral no convívio com a família e na sociedade com igualdade.

4. A individualização como prática da sociedade contemporânea

“Não tem história nem desenvolvimento; mas os homens, ao desenvolverem sua produção material e relações materiais, transformam, a partir da sua realidade, também o seu pensar e os produtos do seu pensar. Não é a consciência que determina a vida, mas a vida é que determina a consciência” (MARX; HEGEL, 2010, p. 52).

Partindo-se da premissa de que são os homens a partir de suas realidades que desenvolvem o pensar e o produto deste pensar e, ainda, que é a vida quem determina a consciência, as ações humanas enquanto resultado de ações dos sujeitos, refletem nas ações de uma sociedade percebidas em seu conjunto.

Resgatando a afirmação de Rousseau (2001: 11), tem-se que “todos nascem homens e livres”; a liberdade lhes pertence e renunciar a ela é renunciar à própria qualidade de homem”. Então a individualização é uma questão que merece ser compreendida, estudada, analisada, pois ela reflete nas ações de um sujeito da sociedade em constantes mutações.

A individualização nesta perspectiva está diretamente associada às questões de vida e de comportamento do ser humano, ela interfere no modelo de Estado, na educação e suas políticas efetivadoras enquanto direito do indivíduo pois resulta de ação deste indivíduo de uma sociedade individualizada concebida em Baumann (2016), Castel (2015) e Back (2011), teóricos que discutem essa problemática global e suas consequências.

Para Bauman em sua sociologia humanística e teoria social contemporânea, a individualização se tornou “marca registrada da modernidade”, (2008: 26), “como os outros pontos de partida reunidos sob a rubrica do ‘processo civilizatório’, a individualização foi, no que diz respeito aos valores humanos, uma troca”. Uma realidade, portanto, da “Modernidade Líquida”. Então em sendo a individualização uma marca da sociedade moderna, ela gera impactos cotidianos, capaz de interferir na realidade educacional.

Em “A Sociedade Individualizada” (2008), Bauman expõe a ideia de que os indivíduos são estimulados a agir em consequência dos medos diários e em decorrência dos problemas cotidianos. A luta conduzida para que a vida dos sujeitos da modernidade líquida tenha sentido, acaba por ser induzida a uma concepção de que as próprias fraquezas e falhas do indivíduo são a culpa/causa pelas derrotas e fraquezas experimentadas pelos indivíduos. Essa forma de responsabilização individual implica em piorar a vida do sujeito.

A nova ordem mundial que se instalou, chamada globalização, está produzindo um efeito revolucionário, qual seja, a desvalorização da ordem, no “mundo que se globaliza, a ordem se transforma no índice de falta de poder e subordinação” (2008, p. 49). Ela pode ser definida como “vingança dos nômades”, dada a precariedade e a perda de poder dos Estados, de modo que, como consequência, a autonomia da

comunidade local desaparece. A ameaça é constante nas relações, na circulação de informações, de capitais e tecnologia. Os Estados se tornam vulneráveis, há uma degradação do local, migrantes econômicos e a individualização adquirem novos contornos e novas concepções.

Os indivíduos da modernidade o são por decreto, não são livres para escolher, pois, a incerteza da modernidade se tornou uma força poderosa da individualização, conforme compreende Bauman (2008, p. 64), ele afirma: “Não nos enganemos: agora, como antes, a individualização é um destino, não uma escolha: na terra da liberdade individual de escolha, a opção de escapar à individualização não faz parte, de maneira alguma, da agenda”.

Para a compreensão da teoria da individualização, Robert Castel apresenta importante contribuição. Quando trata da metamorfose das questões sociais, ele liga a individualização ao capitalismo industrial e aos efeitos da globalização na transformação das questões sociais e individuais. Relembra a evolução e as conquistas da classe salariada, notadamente no ciclo do taylorismo, advindas a partir das organizações coletivas, na aquisição e no resguardo de direitos a partir da organização no trabalho e decorrentes dele pela organização da classe dos salariados, esta organização ultrapassada, era superior às relações individuais. A resistência e a luta da sociedade preponderavam.

A metamorfose que Castel se refere, se efetiva na medida em que a função integradora do trabalho que tinha como suporte de resistência a sociedade, passa a ser redefinida a partir de relações de trabalho e de salários de forma individualizada. Uma reindividualização nas relações de trabalho. A função integradora do trabalho na sociedade passa a ser questionada e modificada, o que se irradia para além das relações de trabalho, implicando em transformações em outros setores da vida social.

A individualização proporciona ao sujeito, a possibilidade de um status, um salário, uma determinada proteção, permite proporcionar uma inserção social, uma identidade. Os indivíduos passam a ser sujeitos isolados de seus pertencimentos coletivos, “passam, então, a ser indivíduos isolados de seus antigos pertencimentos coletivos, livres sim, mas sem vínculos, sem socorro, um pouco como os proletários do início da industrialização, que eram “livres”, ou seja, podiam estabelecer livremente seus contratos de trabalho, mas que, no entanto, pagaram muito caro por essa liberdade” (CASTEL, 2013, p. 299/300).

Ulrich Beck, apresenta importante contribuição a temática, em “A Modernidade Reflexiva”, que significa em uma primeira concepção a desincorporação da sociedade industrial e, após uma reincorporação as novas formas de uma sociedade moderna, de novas formas de modernidade, refere que “significa auto confrontação com os efeitos da sociedade de risco que não podem ser tratados e assimilados no sistema da sociedade industrial – como está avaliado pelos padrões institucionais desta última. (BECK, 1997, p. 16). A sociedade de risco compreendida, designa um estágio da modernidade, onde começam a tomar forma as ameaças que são produzidas pela sociedade industrial.

A individualização, para Back, “não é uma definição que tem muitos significados como costumeiramente as pessoas referem ou com um propósito de que nada

significa. Também, não quer dizer que signifique atomização, isolamento, solidão – o fim de todo o tipo de sociedade – ou desconexão (BECK, 1997, p. 24).

A individualização não se constitui em novidade, segundo o autor, isto porque, desde o momento em que a mulher passou a ter sua renda em separado do marido, a estrutura social dividiu-se e não mais poderá ser unida, a imagem será sempre diferente. As categorias das diversas situações de vida e da conduta na sociedade industrial, sujeitas ao risco, são sistematicamente desincorporadas e reincorporadas, novos tipos de condução de vida ganham escopo, comportamentos de vida deixam de ser incorporados e obrigatórios,

5. Considerações finais

A educação passou a ser reconhecida como direito da humanidade e como um pré-requisito para a conquista de outros direitos, para o exercício da cidadania e para as liberdades humanas a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. O Estado moderno foi fortemente influenciado pela declaração solene de direitos.

No Brasil, o direito a educação passou a ser reconhecido de forma diferente a partir da Constituição Federal de 1988 que instalou no país a redemocratização, coma a Carta Política houve a valorização dos direitos sociais e individuais, a educação, com outros direitos sociais passou a condição de direito fundamental protegido juridicamente enquanto direito e imposto ao Estado na condição de dever inafastável.

Com relação a importância da educação para os sujeitos da sociedade contemporânea, parece que existe certo consenso de que a cada dia ela se torna mais necessária e mais importante na vida das pessoas. Neste mundo globalizado, nesta sociedade líquida e flexível concebida por Bauman, dada a importância, ela adquire conotações de um investimento individual. É uma realidade do capitalismo globalizado a exigência de colaboradores flexíveis que possam dar conta de demandas dinâmicas. A partir desta nova realidade social, os indivíduos passam a investir conhecimento em si mesmos.

A individualização enquanto prática da sociedade contemporânea, interfere na relação com o direito a educação. A sociedade que se molda em face das transformações sociais, o individualismo se sobrepõe ao coletivo, as formas de soluções de demandas pessoais, mesmo que idênticas, passam a ser reivindicada de forma individual, influenciado a forma da educação enquanto requisito basilar da formação humana.

Assim, a premissa construída por Aristóteles de que o homem é um ser social porque é um animal que precisa dos outros membros da espécie, se vê confrontada com a prática da individualização, em termos de educação ela se manifesta no comportamento do estudante que se preocupa com o individual, com suas liberdades, com seu próprio destino. Acontece que o destino do ser humano não depende apenas do pessoal, até porque o sujeito vive no social, não no isolamento. Assim, a prática do individualismo se constitui em um perigo para a própria sobrevivência da sociedade humana, da construção da cidadania e da solidariedade humana, indispensável para a realização do ser humano.

Referências bibliográficas

BAUMAN, Zygmunt. BORDONI, Carlo. Estado de Crise. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2016.

_____. A sociedade Individualizada. Vidas contadas e histórias vividas. Trad. José Gradel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor Ltda, 2008.

_____. Modernidade Líquida. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BECK, Ulrich. Sociedade de risco. Rumo a outra modernidade. Tradução Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011.

BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. 13 ed., Trad. Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1.988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao.htm>. Acesso em: 18 dez. 2020.

CASTEL, Robert. As Transformações da Questão social. In. Desigualdades e Questão social. Trad. Mariangela Belfiore-Wanderley. Org. Lucia Bógus, Maria Carmelita Yasbek, Mariangela Belfiore-Wanderley. São Paulo: Educ, 2013, p. 299/300.

Declaração Universal dos Direitos Humanos. 10 dez. 1948. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/docs/>>. Aceso em: 08 dez. 2020.

KELSEN, Hans. Teoria Geral do Direito e do Estado. Trad. Luís Carlos Borges. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MARX Karl. ENGELS, Friedrich. A Ideologia Alemã. Tradução Frank Müller. Coleção Obra Prima de Cada Autor. São Paulo: Martin Claret, 2010.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. Discurso sobre a Origem e os Fundamentos da Desigualdade Entre os Homens. Tradução Laurent de Saes. São Paulo: Edipro, 2015.

VIEIRA, Sofia Lerche. A educação nas constituições brasileiras: textos e contexto. Revista Brasileira de Estudos Pedagógicos. Brasília, v. 88, n. 219, p. 291-309, maio/ago. 2007. Disponível em: <http://rbep.inep.gov.br/index.php/rbep>. Acesso em: 12 dez. 2020.

O sistema interamericano de direitos humanos na defesa do estado de direito e da democracia¹

Interamerican Human Rights System in the defense of the rule of law and democracy

Anne Carolinne Batista²

Sumário: 1. A harmonização entre Direito Interno e Direito Internacional a partir da aplicação do princípio da subsidiariedade ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos; 2. Os desafios do Sistema Interamericano de Direitos Humanos como instrumento para o fortalecimento do estado de direito e da democracia; Considerações Finais.

Resumo: O presente artigo é fruto de um estudo inicial acerca do Sistema Interamericano de Direitos Humanos na defesa do estado de direito e da democracia. A metodologia adotada foi a qualitativa, desenvolvida primordialmente a partir da pesquisa bibliográfica e o estudo da legislação atinente ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos. A abordagem, então, foi eminentemente jurídica, apesar da complexidade da relação entre Direitos Humanos, estado de direito e democracia, a qual admite análise transdisciplinar. No primeiro capítulo explicitamos a aplicação do princípio da subsidiariedade à relação entre o direito interno e o internacional. No segundo capítulo, por sua vez, adentramos nos desafios do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, trazendo à lume os seus limites para o atendimento deste fim. Concluímos ser possível a utilização do Sistema para a defesa do estado de direito e da democracia. Pela aplicação do princípio da subsidiariedade no intercâmbio entre direito internacional e direito interno, verificamos a possibilidade de utilização do Sistema diante de situações de violações praticadas pelo Estado. Além disso, constatamos que já houve avanços legislativos na Organização dos Estados Americanos, inter-relacionando a tríade Direitos Humanos, estado de direito e democracia. Porém, constatamos inúmeros desafios no campo político, organizacional e estrutural a serem superados para a sua máxima utilização enquanto instrumento de defesa nesta seara.

Palavras-chave: Direitos Humanos; estado de direito; democracia.

Abstract: This article is the result of an initial study on the Inter-American Human Rights System in the defense of the rule of law and democracy. The adopted methodology was the qualitative one, developed mainly from the bibliographic research and the study of the legislation of the Inter-American Human Rights System. The approach, then, was eminently legal, despite the complexity of the relationship between Human Rights, the rule of law and democracy, which admits transdisciplinary analysis. In the first chapter, we explain the application of the subsidiarity principle to the relationship between domestic and international law. In the second chapter, in turn, we discuss the challenges of the Inter-American Human Rights System, highlighting its limits for meeting this purpose. We conclude that it is possible to use the System to defend the rule of law and democracy. By applying the principle of subsidiarity in the exchange between international law and domestic law, we verified the possibility of using the System in situations of violations practiced by the State. In addition, we note that there have already been legislative advances in the Organization of American States, interrelating the triad Human Rights, the Rule of Law and democracy. However, we note numerous challenges in the political, organizational and structural fields to be overcome for maximum use as a defense instrument.

Keywords: Human Rights; rule of law; democracy.

1 O presente artigo representa parte do trabalho produzido como requisito para aprovação na disciplina de Metodologia da Investigação da Ciência Jurídica, docente Dra. Ana Cláudia Carvalho Campina, do Mestrado em Direito Europeu e Comparado, vinculado à Universidade Portucalense – Porto – Portugal.

2 Mestranda em Direito Europeu e Comparado na Universidade Portucalense Infante D. Henrique, Portugal. Pós-graduada em Direito Aplicado pela Universidade Regional de Blumenau – FURB, Brasil. Analista Judiciária vinculada ao Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região, Brasil. E-mail: annecarolinne@gmail.com

1. A harmonização entre Direito Interno e Direito Internacional a partir da aplicação do princípio da subsidiariedade ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos

Na Carta da Organização dos Estados Americanos houve uma grande preocupação em salvaguardar a Soberania dos Estados-membros, bem como o princípio da não-intervenção.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, no entanto, já no seu preâmbulo anuncia que estes Direitos, por estarem vinculados à condição humana (e não à nacionalidade), demandam “[...] proteção internacional, de natureza convencional, coadjuvante ou complementar da que oferece o direito interno dos Estados Americanos”.³

Em sequência, além de impor aos Estados Partes a obrigação de respeito (artigo 1), a Convenção estabelece o dever de adoção de medidas legislativas ou de outras necessárias à efetivação dos Direitos Humanos (artigo 2).

Observamos, desse modo, o reconhecimento da coexistência entre os dois direitos, mas não de forma completamente dissociada, independente. Em verdade, o Sistema prevê o direito interno como primeiro mecanismo de atuação. Acaso ele se revele insuficiente para proteger e/ou para tornar efetivo um direito humano, o direito internacional é invocado como instrumento complementar e como mola propulsora do próprio desenvolvimento do direito interno nessa seara.

Cuida-se do chamado princípio da subsidiariedade. Ele permite a compatibilização do conflito entre os ramos ao reconhecer tanto a função do direito e das instituições internacionais de supervisão e assistência aos Estados, quanto a existência de margem de atuação do direito e das instituições nacionais para definir o alcance e os mecanismos de cumprimento de obrigações em matéria de Direitos Humanos.⁴

Segundo Pablo González Domínguez, referido princípio apresenta duas facetas, sendo uma delas positiva e outra negativa. A positiva está ligada à existência de obrigações para com os Direitos Humanos previstas no âmbito internacional e que revelam que o Estado não é o único titular do poder/dever de reconhecer e de desenvolver instrumentos de proteção. Já a negativa envolve a liberdade que os Estados possuem em estabelecer os meios e o próprio conteúdo dos seus Direitos Fundamentais, e que constitui verdadeiro limite à atuação internacional.⁵

Em adição, no Sistema Interamericano, podemos afirmar que o princípio da subsidiariedade se espraia nos vieses material, processual e hermenêutico.

A Convenção Americana, como dissemos anteriormente, previu ao Estado Parte

3 Extraído de: ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS – Convenção Americana Sobre Direitos Humanos. [Consult. 2020.3.1]. Disponível em: <<http://www.oas.org/pt/cidh/mandato/Basicos/convencion.pdf>>. Grifo nosso.

4 Tradução livre do seguinte trecho: “En materia de DIDH se le puede definir como el principio que reconoce la función del derecho y las instituciones internacionales para supervisar y asistir a los Estados en el cumplimiento de sus obligaciones en materia de derechos humanos, pero que al mismo tiempo reconoce la existencia de amplios espacios de libertad del derecho y las instituciones nacionales para definir el alcance y los mecanismos institucionales de cumplimiento de dichas obligaciones.” In: DOMÍNGUEZ, P. G. Reconfiguración de la relación entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho nacional sobre la base del principio de subsidiariedad / Reshape of the Relationship Between International Human Rights Law and Domestic Law on the Basis of the Principle of Subsidiarity. Anuario mexicano de derecho internacional, 2017-12-01 2017, 17, 717-717-748. p. 730.

5 Ibid. p. 731

a obrigação de adotar as medidas necessárias ao reconhecimento ou à efetividade de um Direito Humano nela previsto e que não tenha equivalente (ou disposição mais protetiva) no seu direito interno (artigo 2). Reconheceu, portanto, a liberdade legislativa e dos próprios mecanismos de efetivação dos seus Direitos Fundamentais, contanto que atenda ao núcleo protetivo mínimo que dele ressaí. Esta é a abordagem material do princípio da subsidiariedade.⁶

Processualmente, discute-se a possibilidade de utilização das vias internacionais para tutela dos Direitos Humanos. A propósito, a Convenção Americana previu o exercício do direito de queixa ou de petição apenas quando, dentre outros requisitos⁷, forem esgotados ou inexistentes os recursos internos para tanto. Resguarda-se, assim, não somente a jurisdição e a soberania Estatal, mas a própria viabilidade do Sistema Internacional. Ora, acaso todo e qualquer caso pudesse ser levado à Comissão e à Corte Interamericana seria necessária uma super estrutura, inviável na prática.

No que tange ao viés hermenêutico, o princípio da subsidiariedade apresenta-se como o vetor que confere temperamentos à liberdade material e processual dos Estados nas questões afetas aos Direitos Humanos. Ele impõe a análise da própria margem conferida pela Convenção ao contemplar aquele Direito, afinal o compromisso Estatal assumido perante a sociedade internacional não pode ser ignorado exclusivamente com base em argumentos dualistas ou mesmo de relativismo cultural.⁸

Corroborando e reforçando a aplicação deste princípio no Sistema Interamericano, recordamos que o Pacto de San José da Costa Rica previu também o “da prevalência dos direitos mais vantajosos para a pessoa humana”. Ou seja: na hipótese de coexistência de diversos sistemas normativos (tanto de direito interno quanto internacional), a Convenção Americana impõe a aplicação do que melhor protege o ser humano.⁹ Ele pode ser extraído do artigo 29 da Convenção.

Depreendemos dessa constatação a via dialógica necessária para a utilização do Sistema como instrumento de proteção e de fortalecimento da democracia e do estado de direito em cada um dos Estados Parte.

2. Os desafios do Sistema Interamericano de Direitos Humanos como instrumento para o fortalecimento do estado de direito e da democracia

Em 2002, a Organização dos Estados Americanos aprovou a Carta Democrática

6 “El principio de subsidiariedad justifica la existencia de un pluralismo jurídico al concebir que los derechos humanos protegen personas o grupos en una situación concreta, lo cual admite que —en principio— la determinación del contenido y alcance de estos derechos esté vinculada a la necesidad de hacer justicia en circunstancias y en sociedades específicas. En consecuencia, diversas autoridades pueden llegar a múltiples —y legítimas— conclusiones sobre la manera en que un derecho humano debe ser legislado e interpretado para resolver situaciones concretas, sin que esto afecte su carácter universal e inalienable.” Ibid. pp. 734-735.

7 Tendo em vista a limitação do objeto deste trabalho, remetemos o leitor ao artigo 46.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

8 DOMÍNGUEZ, P. G. Reconfiguración de la relación entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho nacional sobre la base del principio de subsidiariedad / Reshape of the Relationship Between International Human Rights Law and Domestic Law on the Basis of the Principle of Subsidiarity. Anuario mexicano de derecho internacional, 2017-12-01 2017, 17, 717-717-748. P. 742.

9 COMPARATO, F. K. A afirmação histórica dos Direitos Humanos. VI ed. São Paulo: Saraiva, 2008. ISBN 978-85-02-069961-9. p. 368.

Interamericana. Conquanto possua natureza jurídica de soft law¹⁰, o valor de vetor interpretativo da Carta Democrática Interamericana¹¹ permite-nos perceber a profunda relação que existe entre a Democracia, o estado de direito e os Direitos Humanos, e o reconhecimento deste fato pela Organização.

A propósito, no preâmbulo da Carta consta “[...] que a promoção e proteção dos direitos humanos é condição fundamental para a existência de uma sociedade democrática” bem como que o fortalecimento do Sistema Interamericano é essencial para a consolidação da democracia.¹²

Adiante, dispõe o artigo 7 do referido texto normativo, que “A democracia é indispensável para o exercício efetivo das liberdades fundamentais e dos direitos humanos, em seu caráter universal, indivisível e interdependente, consagrados nas respectivas constituições dos Estados e nos instrumentos interamericanos e internacionais de direitos humanos.”

Mas se no âmbito positivo se desenvolveu institucionalmente a tríade Direitos humanos, democracia e estado de direito, ainda encontramos, na prática, inúmeros desafios para que o Sistema atue efetivamente na defesa deste mister.

Nas situações em que o rompimento com a democracia ou com o estado de direito enseja a supressão de Direitos Humanos de forma mais ampla, é evidente que o Sistema se apresenta como alternativa viável para a defesa de todos eles. Logo, também serve como obstáculo a essas grandes quebras institucionais.

Como exemplo, mencionamos a atuação da Comissão Interamericana frente à ditadura de Pinochet. O caso ensejou a primeira visita in loco do órgão ao cone sul e representou o primeiro caso de grande visibilidade do Sistema no âmbito da Organização dos Estados Americanos.¹³

Há outros cenários, porém, em que as instituições democráticas são atacadas sem reflexos diretos aos Direitos Humanos da população.

Nesse sentido, traz-se à lume as situações aparentemente democráticas e voltadas para a realização dos Direitos Humanos, especialmente das massas, mas que, ao se afastar paulatinamente do estado de direito, vai se convertendo em um regime violador, ainda mais em relação aos Direitos das minorias. São as chamadas democracias ilimitadas, caracterizadas por governos eleitos por popularidade e que vão abandonando os limites do poder num primeiro momento a partir da prática da vontade da maioria, após passa a decidir em virtude de interesses fortes e ocultos que predominam na cúpula do Estado, até assumir um desenho autocrático.¹⁴

10 Isso porque o documento foi aprovado como Resolução, e não como tratado, sendo desvestido de força cogente (ao menos por enquanto) no âmbito internacional para ser considerada norma de jus cogens. In: MAZZUOLI, V. D. O. Curso de Direitos Humanos. Edtion ed. Rio de Janeiro; São Paulo: Forense; Método, 2020. ISBN 978-85-309-8884-5. p. 134.

11 Referido documento foi aprovado na primeira sessão plenária, realizada em 11 de setembro de 2001. In: ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS – Carta Democrática Interamericana. [Consult. 2020.5.30]. Disponível em: <http://www.oas.org/OASpage/port/Documents/Democractic_Charter.htm>.

12 Ibid.

13 DELARISSE, T. M. A ditadura militar chilena como um ponto de inflexão na trajetória da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Uberlândia: Universidade Federal de Uberlândia, 2018. [consult. 2020.5.31]. Disponível em: <<https://repositorio.ufu.br/handle/123456789/22473>>. p. 50

14 SCOGNAMIGLIO, L. L. La estrecha y necesaria relación entre independencia judicial, estado de derecho, el respeto de los derechos humanos y democracia. Venezuela como caso de estudio. Acta Sociológica, 2017-01-01 2017, 72, 95-95-127. p. 98.

Para enunciar essa hipótese, Laura Louza Scognamiglio apresenta o caso da Venezuela, onde, desde 1999, a pretexto de se consagrar a justiça social com base nos princípios da igualdade e da solidariedade, deu-se margem à instauração de um regime fortemente totalitário e violador de Direitos Humanos.¹⁵

Considerando os quadros apontados, observamos que a verificação do Sistema na defesa da democracia e do estado de direito passa necessariamente pelo reconhecimento da inter-relação destes elementos com a temática dos Direitos Humanos. Ainda, leva à constatação que esta tríade deve servir como verdadeiro modelo de freios e contrapesos entre si, evitando-se desvios que, ao final, produzem um quadro de violação geral.

Muitos são os desafios para potencializar esse mister.

O primeiro deles é a limitação – indireta, registramos – aos interesses políticos dos Estados membros.

Formalmente, a Comissão e a Corte Interamericana são consideradas autônomas aos Estados Parte da Convenção Americana, até para poder exercer seu mister de forma isonômica e com vistas à maior efetividade possível dos Direitos Humanos. No entanto, é notório que a estrutura do Sistema é viabilizada e custeada pelos países “fiscalizados e investigados”.

Dessa forma, a atuação desses órgãos inevitavelmente encontra limitações de caráter político e envolve um processo de “escolhas difíceis”, ou seja, a constante reflexão do que deve e do que pode ser feito.¹⁶

Analisando os antecedentes o Sistema, observamos que a despeito da atuação que a Comissão Interamericana teve no Chile e na Argentina¹⁷, em regimes ditatoriais de outros países considerados política e economicamente mais estratégicos para a Organização dos Estados Americanos, tais como o Brasil e o México, houve manifesta omissão.¹⁸

É imprescindível reconhecer que, mesmo com esse obstáculo, a Comissão Interamericana e a Corte vêm construindo uma valiosa reputação no continente. Agregamos que elas têm contribuindo para a construção de pilares protetivos e declaratórios de Direitos Humanos, os quais foram levados para o direito interno de Estados americanos, principalmente por meio das Constituições promulgadas com bases mais neoconstitucionalistas e texturas mais abertas.

¹⁵ Ibid. p. 122.

¹⁶ Especificamente acerca da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, extraímos: “[...] é indispensável reconhecer que, considerando a natureza quasi-judicial da Comissão e sua necessidade de fazer escolhas difíceis com recursos limitados (de tempo, dinheiro e pessoal), as ações da comissão são necessária e indiscutivelmente políticas. A isonomia, nesse contexto, funciona mais como um valor, uma meta a ser perseguida, que orienta ou deveria orientar as escolhas do órgão. Trata-se de um valor ainda mais importante na medida em que os casos analisados envolvem relações e disputas de poder entre Estados, organizações e grupos de interesse político no continente americano”. REIS, R. R. O futuro do Sistema Interamericano de Direitos Humanos: a atuação da CIDH diante dos processos de ruptura democrática / The Future of the Inter-American Human Rights System: The IACHR and the Democratic Breaks. *Revista Direito e Práxis*, 2017-06-01 2017, 8(2), 1577-1577-1602. p. 1584

¹⁷ CAMBIAGHI, C. T.; VANNUCHI, P. Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH): reformar para fortalecer. *Lua Nova* [online]. 2013, n.90 [consult. 2020-05-26], pp.133-163. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452013000300006&lng=en&nrm=iso>. ISSN 0102-6445. <https://doi.org/10.1590/S0102-64452013000300006>. p. 142.

¹⁸ DELARISSE, T. M. A ditadura militar chilena como um ponto de inflexão na trajetória da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Uberlândia: Universidade Federal de Uberlândia, 2018. [consult. 2020.5.31]. Disponível em: <<https://repositorio.ufu.br/handle/123456789/22473>>. p. 60.

E se de um lado muitas questões foram absorvidas e levaram ao avanço da tríade internamente, de outro verificamos outras tantas situações em que Estados parte, ao terem seus interesses atingidos, minimizaram sua postura colaborativa ou, em situações mais extremas, retiraram-se do Sistema.

A propósito, novamente trazemos à baila a Venezuela. O país latino-americano formalizou a quebra do compromisso com a Convenção Americana no ano de 2012, acusando a Comissão Interamericana de atuar em favor da política hegemônica dos Estados Unidos da América na região.¹⁹

Então, se para a plena efetividade dos Direitos Humanos é necessário que haja rigor, objetividade e isonomia na atuação, de outro ela não deve assumir patamar que rompa o diálogo com os Estados ou até inviabilize a própria existência do Sistema.

E por falar em efetividade, eis aí outro grande desafio. Em se tratando do cumprimento das sentenças proferidas, não há previsão de medidas de coerção bem delineadas no Sistema, à exceção do relato da situação à Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos. Esta, por sua vez, tem se furtado de adotar medidas eficientes para exigir o cumprimento das decisões, ficando praticamente ao arbítrio do condenado o fazer.²⁰

No campo organizacional, o Sistema enfrenta outras adversidades, sendo a mais latente a adesão facultativa ao seu principal documento – a Convenção Americana – e à própria competência da Corte (única jurisdicional propriamente dita do Sistema). Enquanto a Carta da Organização dos Estados Americanos foi ratificada por 35 Estados Parte, a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos o foi por 25, sendo que destes 22 aceitaram a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos²¹. Ressaltamos, por oportuno, que as maiores potências econômicas do continente – Estados Unidos e Canadá – não ratificaram a Convenção.

Afora o prejuízo à própria isonomia por ser o Sistema ligado à Organização dos Estados Americanos como um todo, a circunstância contribui para a sua maior “politização”. Lembramos que a universalidade dos Direitos Humanos torna imperiosa a busca por medidas que reduzam o subjugo ao arbítrio dos Estados e a sua utilização como instrumento de poder ou de ingerência de uns contra os outros.

Outro ponto que pode ser mencionado é o número de membros. Ao se comparar com o Sistema Europeu de Direitos Humanos, observamos que o Interamericano possui uma menor representatividade (são sete membros em cada um dos órgãos, enquanto existem praticamente 25 membros), o que leva a um déficit democrático internamente. Existem autores que inclusive discutem a pouca transparência na escolha dos representantes, mormente dos candidatos indicados para escolha pela Assembleia da Organização dos Estados Americanos, minimizando a participação da

19 CAMBIAGHI, C. T.; VANNUCHI, P. Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH): reformar para fortalecer. *Lua Nova* [online]. 2013, n.90 [consult. 2020-05-26], pp.133-163. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452013000300006&lng=en&nrm=iso>. ISSN 0102-6445. <https://doi.org/10.1590/S0102-64452013000300006>. p. 138

20 MAZZUOLI, V. D. O. *Curso de Direitos Humanos*. 7 ed. Rio de Janeiro; São Paulo: Forense; Método, 2020. ISBN 978-85-309-8884-5. P. 123.

21 Conforme dados constantes do sítio da Comissão Interamericana dos Direitos Humanos. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/d.Convencao_Americana_Ratif..htm>

própria sociedade nestes Órgãos.²²

Há, ainda, o fato de tanto a Comissão quanto a Corte não serem órgãos com atuação permanente, reunindo-se apenas periodicamente, o que restringe a amplitude e a própria celeridade na atuação. Pesquisa realizada nas decisões contenciosas proferidas pela Corte Interamericana entre os anos de 2012 a 2016 revelou que “[...] a média temporal de espera nos casos na Comissão, até a rejeição ou o oferecimento da denúncia à Corte é de aproximadamente 12 anos. Quanto ao tempo de espera para a proclamação da sentença pela Corte tem-se uma média de 2 anos”.²³

Cumpre-nos relevar, finalmente, que o Sistema Interamericano de Direitos Humanos possui como grande diferencial a possibilidade de acesso dos indivíduos e de organizações não governamentais por meio do exercício do direito de petição. Dessa forma, é imprescindível que busque a perspectiva que lhe confira o máximo potencial, a fim de que os indivíduos e a sociedade possam nele encontrar as alternativas institucionais para defesa da democracia e do estado de direito.²⁴

Considerações finais

A relação entre Direitos Humanos, democracia e estado de direito é deveras complexa e demanda estudo transdisciplinar.

No presente artigo, fez-se um recorte de perspectiva eminentemente jurídica, da qual foram constatados inúmeros desafios do Sistema Interamericano para resguardo desta tríade, especialmente limitações políticas, organizacionais e estruturais.

Reconhecemos, então, que o Sistema possui potencial protetivo, mas demanda aprimoramento para que possa representar, de fato, via efetiva na defesa de valores tão caros aos cidadãos como o são o estado de direito e a democracia, bem como os próprios Direitos Humanos.

Referências Bibliográficas

CAMBIAGHI, C.; T. VANNUCHI, P. Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH): reformar para fortalecer. Lua Nova [online]. 2013, n.90 [consult. 2020-05-26], pp.133-163. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452013000300006&lng=en&nrm=iso>. ISSN 0102-6445. <https://doi.org/10.1590/S0102-64452013000300006> .

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. – Estatuto da Comissão

22 SALAZA, K.; ROHT-ARRIAZA, N. Democracia y transparencia en el SIDH: una experiencia en marcha / Democracy and transparency in the IAHRs: an experience in progress. Revista Direito e Práxis, 2017-06-01 2017, 8(2), 1652-1652-1681.

23 RIBEIRO, D. M. G. R.; ROCHA, M. L. D. S. A (in)efetividade do acesso do indivíduo ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos: as decisões contenciosas proferidas pela Corte entre 2012 e 2016. Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (unifafibe). ISSN 2318-5732, Vol. 5, n.º2, (2017), p. 651-652.

24 De fato, eis o que dispõe o artigo 8 da Carta Democrática Interamericana: “Artigo 8. Qualquer pessoa ou grupo de pessoas que considere que seus direitos humanos tenham sido violados pode interpor denúncias ou petições perante o sistema interamericano de promoção e proteção dos direitos humanos, conforme os procedimentos nele estabelecidos.” In: ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS – Carta Democrática Interamericana. [Consult. 2020.5.30]. Disponível em: <http://www.oas.org/OASpage/port/Documents/Democractic_Charter.htm>.

Interamericana de Direitos Humanos. [Consult. 2020.3.1]. Disponível em: <<http://www.oas.org/pt/cidh/mandato/Basicos/estatutoCIDH.pdf>>.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Regulamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. [Consult. 2020.3.1]. Disponível em: <<http://www.oas.org/pt/cidh/mandato/Basicos/reglamentoCIDH.asp>>.

COMPARATO, F. K. A afirmação histórica dos Direitos Humanos. VI ed. São Paulo: Saraiva, 2008. ISBN 978-85-02-069961-9.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS – Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos. [Consult. 2020.3.23]. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/sitios/reglamento/nov_2009_por.pdf>.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Estatuto da Corte Interamericana de Direitos Humanos. [Consult. 2020.3.1]. Disponível em: <<http://www.oas.org/pt/cidh/mandato/Basicos/estatutoCorte.pdf>>.

DELARISSE, T. M. A ditadura militar chilena como um ponto de inflexão na trajetória da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Uberlândia: Universidade Federal de Uberlândia, 2018. [consult. 2020.5.31]. Disponível em: <<https://repositorio.ufu.br/handle/123456789/22473>>.

DOMÍNGUEZ, P. G. Reconfiguración de la relación entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho nacional sobre la base del principio de subsidiariedad / Reshape of the Relationship Between International Human Rights Law and Domestic Law on the Basis of the Principle of Subsidiarity. Anuario mexicano de derecho internacional, 2017-12-01 2017, 17, 717-717-748.

MAZZUOLI, V. D. O. Curso de Direitos Humanos. 7 ed. Rio de Janeiro; São Paulo: Forense; Método, 2020. ISBN 978-85-309-8884-5.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS – Carta da Organização dos Estados Americanos. [Consult. 2020.3.24]. Disponível em: <http://www.oas.org/dil/port/tratados_A-41_Carta_da_Organiza%C3%A7%C3%A3o_dos_Estados_Americanos.htm>.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS – Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem. [Consult. 2020.5.30]. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao_Americana.htm>.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Protocolo de Buenos Aires. [Consult. 2020.5.30]. Disponível em: <<http://www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/b-31.htm>>.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS – Convenção Americana Sobre Direitos Humanos. [Consult. 2020.3.1]. Disponível em: <<http://www.oas.org/pt/cidh/mandato/Basicos/convencion.pdf>>.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS – Resolução n. 1080, de 5 de junho de 1991. [Consul, 2020.5.30]. Disponível em: <http://www.oas.org/XXXIIIGA/portugues/documentos/democracia_repres.pdf>.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS – Carta Democrática Interamericana.

[Consult. 2020.5.30]. Disponível em: <http://www.oas.org/OASpage/port/Documents/Democractic_Charter.htm>.

PIOVESAN, F. *Ius constitutionale commune latino-americano em Direitos Humanos e o Sistema Interamericano: perspectivas e desafios / Latin American Human Rights Ius constitutionale comune and the Inter-American Human Rights System: Perspectives and Challenges*. Revista Direito e Práxis, 2017-06-01 2017, 8(2), 1356-1356-1388.

REIS, R. R. *O futuro do Sistema Interamericano de Direitos Humanos: a atuação da CIDH diante dos processos de ruptura democrática / The Future of the Inter-American Human Rights System: The IACHR and the Democratic Breaks*. Revista Direito e Práxis, 2017-06-01 2017, 8(2), 1577-1577-1602.

REZEK, F. *Direito Internacional Público: Curso Elementar*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. ISBN 978-85-02-06609-0.

RIBEIRO, D. M. G. R.; ROCHA, M. L. D. S. A (in)efetividade do acesso do indivíduo ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos: as decisões contenciosas proferidas pela Corte entre 2012 e 2016. Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (unifafibe). ISSN 2318-5732, Vol. 5, n.º2, (2017), p. 630-658.

SALAZA, K.; ROHT-ARRIAZA, N. *Democracia y transparencia en el SIDH: una experiencia en marcha / Democracy and transparency in the IAHRs: an experience in progress*. Revista Direito e Práxis, 2017-06-01 2017, 8(2), 1652-1652-1681.

SANTORO, A. E. R. *Breve Análise Histórica dos Empecilhos Políticos para a Efetivação dos Direitos Humanos no Continente Americano*. Revista de Teorias e Filosofias do Estado, 2015-12-01 2015, 1(1), 157-157-182.

SCOGNAMIGLIO, L. L. *La estrecha y necesaria relación entre independencia judicial, estado de derecho, el respeto de los derechos humanos y democracia. Venezuela como caso de estudio*. Acta Sociológica, 2017-01-01 2017, 72, 95-95-127.

VIEIRA, L. K.; VEDOVATO, L. *A relação entre direito interno e direito internacional / La relación entre derecho interno y derecho internacional*. Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión, 2015-08-01 2015, 3(6), 207-207-225.

A política brasileira de inovação: notas sobre o Decreto Federal n.º 10.534/2020

The Brazilian Innovation Policy: notes on Federal Decree no. 10.534/2020

Gabriel Vinícius Carmona Gonçalves¹

Sumário: Introdução. 1. A Política Nacional de Inovação: visão geral e governança. 3 Diretrizes de inovação contidas no Decreto Federal n.º 10.534/2020. Considerações finais. Referências.

Resumo: A inovação é fundamental para o desenvolvimento econômico e social na sociedade em rede do século XXI. Atento a esse fato, o constituinte brasileiro atribuiu ao Estado o papel de promoção e incentivo ao desenvolvimento científico, de pesquisas e capacitação científica e tecnológica e do fomento à inovação (artigo 218), e o incentivo do mercado interno, de forma a viabilizar o desenvolvimento cultural e socioeconômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País (artigo 219). O legislador ordinário efetivou o comando constitucional editando o Marco Legal da Ciência, Tecnologia e Inovação (Lei Federal n.º 13.243/2016), e, recentemente, a Administração Pública Federal editou o Decreto Federal n.º 10.534/2020, que estabelece a Política Nacional de Inovação, analisado no presente artigo. Essa política tem por objetivos fundamentais orientar, coordenar e articular as diversas estratégias, programas e ações de fomento às iniciativas de inovação no setor produtivo, de forma a estimular o aumento da produtividade e competitividade instituições (públicas e privadas, inclusive empresariais) que gerem inovação, bem como de estabelecer mecanismos de cooperação entre os diversos entes da Federação para promover o alinhamento das iniciativas e políticas de fomento à inovação por eles desenvolvidas e executadas. Além de prever diretrizes e princípios claros, a Política Nacional de Inovação apresenta os instrumentos para a sua implementação e os elementos de governança. Além disso, foram previstas as diretrizes para a inovação (ampliação da qualificação profissional por meio da formação tecnológica de recursos humanos, alinhamento entre os programas e as ações de fomento à inovação e de estímulo a investimentos privados, estímulo da base de conhecimento tecnológico para a inovação, proteção do conhecimento, disseminação da cultura de inovação empreendedora e estímulo ao desenvolvimento de mercados para produtos e serviços inovadores), todas analisadas em detalhe no presente trabalho.

Palavras-chave: inovação, política nacional de inovação, governança, ciência e tecnologia, P&D.

Abstract: Innovation is essential for economic and social development in the 21st-century network society. Aware of this fact, the Brazilian constituent attributed to the State the role of promoting and encouraging scientific development, research and scientific and technological training and the promotion of innovation (article 218), and the incentive of the internal market, to enable the cultural and socio-economic development, the well-being of the population and the technological autonomy of the country (article 219). The ordinary legislator carried out the constitutional command by editing the Legal Framework for Science, Technology, and Innovation (Federal Law No. 13,243/2016), and recently, the Federal Public Administration issued Federal Decree No. 10,534/2020, which establishes the National Innovation Policy, analyzed in this article. This policy has as fundamental objectives to guide, coordinate and articulate the various strategies, programs, and actions to foster innovation initiatives in the productive sector, to stimulate the increase in productivity and competitiveness institutions (public and private, including business) that generate innovation, as well as to establish cooperation mechanisms between the different entities of the Federation to promote the alignment of the initiatives and policies to foster innovation developed and executed by them. In addition to providing clear guidelines and principles, the National Innovation Policy presents the instruments for its implementation and the elements of governance. The guidelines for innovation were also foreseen (expansion of professional qualification through technical training of human resources, alignment between programs and actions to foster innovation and encourage private investments, stimulation of the technological knowledge base for the innovation, knowledge protection, dissemination of the entrepreneurial innovation culture and stimulating the development of markets for innovative products and services), all analyzed in detail in the present work.

Keywords: innovation, national innovation policy, governance, science and technology, R&D.

¹ Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (São Paulo/Brasil). Professor do MBA de Gestão de Riscos em Parcerias Público-Privadas do IBMEC. Pesquisador membro do Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos- IBEROJUR. Advogado especializado em Direito Público. Endereço eletrônico: gabriel.goncalves@pmcg.adv.br.

Introdução

A inovação é fundamental para o desenvolvimento econômico e social das nações no mundo globalizado. Sem a estruturação de uma política pública de inovação e de investimentos - estatais e do setor privado - em pesquisa e desenvolvimento, os países estão fadados ao fracasso na presente era, cada vez mais caracterizada pelo informacionalismo, pela globalização e pelo funcionamento em rede²:

O nosso mundo está em processo de transformação estrutural desde há duas décadas. É um processo multidimensional, mas está associado à emergência de um novo paradigma tecnológico, baseado nas tecnologias de comunicação e informação, que começaram a tomar forma nos anos 60 e que se difundiram de forma desigual por todo o mundo. Nós sabemos que a tecnologia não determina a sociedade: é a sociedade. A sociedade é que dá forma à tecnologia de acordo com as necessidades, valores e interesses das pessoas que utilizam as tecnologias. Além disso, as tecnologias de comunicação e informação são particularmente sensíveis aos efeitos dos usos sociais da própria tecnologia. A história da Internet forneceu-nos amplas evidências de que os utilizadores, particularmente os primeiros milhares, foram, em grande medida, os produtores dessa tecnologia³.

No âmbito brasileiro, a própria Constituição Federal determina ao Estado a promoção e incentivo do desenvolvimento científico, de pesquisas e capacitação científica e tecnológica e do fomento à inovação (artigo 218), e o incentivo do mercado interno, de forma a viabilizar o desenvolvimento cultural e socioeconômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País (artigo 219).

Ao tratarem das escolhas promovidas pelo constituinte com o estabelecimento dos comandos mencionados acima, Emerson Gabardo e Luciano Elias Reis anotam que:

O artigo 218 é claro ao determinar que a promoção e o incentivo serão realizados pelo Estado. É notória a escolha feita pelo poder constituinte originário, e também pelo constituinte reformador quando da promulgação da Emenda Constitucional nº 85/2015, que a incumbência dessa missão não deve recair tão somente na atuação direta (promoção). Devem também ser utilizadas as ferramentas existentes no próprio ordenamento jurídico para a intervenção indireta, mais precisamente pela atividade administrativa de fomento e pela regulação. Portanto, a atuação estatal (intervenção) pode ser realizada por absorção, por direção e por indução, segundo a classificação tradicional de Eros Roberto Grau (GRAU, 2012, p. 143)⁴.

O próprio Marco Legal da Ciência, Tecnologia e Inovação, contido na Lei

2 “Uma nova economia surgiu em escala global no último quartel do século XX. Denominada informacional, global, em rede, para identificar suas características fundamentais e diferenciadas e enfatizar sua interligação. É informacional porque a produtividade e a competitividade de unidades ou agentes dessa economia — sejam empresas, sejam regiões, sejam nações — dependem basicamente de sua capacidade de gerar, processar e aplicar de forma eficiente a informação baseada em conhecimentos. É global porque as principais atividades produtivas, o consumo e a circulação, assim como seus componentes — capital, trabalho, matéria-prima, administração, informação, tecnologia e mercados — estão organizados em escala global, diretamente ou mediante uma rede de conexões entre agentes econômicos. É em rede porque, nas novas condições históricas, a produtividade é gerada, e a concorrência é feita em uma rede global de interação entre redes empresariais. Essa nova economia surgiu no último quartel do século XX porque a revolução da tecnologia da informação forneceu a base material indispensável para sua criação” (CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. 6 ed. Rio de Janeiro: Paz e terra, 2002. p. 119).

3 CASTELLS, Manuel. *A Sociedade em Rede: do Conhecimento à Política*. In: CASTELLS, Manuel; CARDOSO, Gustavo (org.). *A Sociedade em Rede Do Conhecimento à Ação Política*. Portugal: Imprensa Nacional, 2005. p. 17.

4 GABARDO, Emerson; REIS, Luciano Elias. *Ciência, tecnologia e inovação como deveres públicos relativos ao estado e à sociedade civil no Brasil*. *Revista do Direito*, Santa Cruz do Sul, v. 2, n. 52, p. 38-59, out. 2017. ISSN 1982-9957. Disponível em: <<https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/9622>>. Acesso em: 16 dez. 2020. doi:<https://doi.org/10.17058/rdunisc.v2i52.9622>. p. 47.

Federal n.º 13.243/2016⁵, apresenta como princípios a “promoção das atividades científicas e tecnológicas como estratégicas para o desenvolvimento econômico e social”, a “promoção e continuidade dos processos de desenvolvimento científico, tecnológico e de inovação, assegurados os recursos humanos, econômicos e financeiros para tal finalidade” e o “estímulo à atividade de inovação nas Instituições Científica, Tecnológica e de Inovação (ICTs) e nas empresas, inclusive para a atração, a constituição e a instalação de centros de pesquisa, desenvolvimento e inovação e de parques e polos tecnológicos no País” (artigo 1º, I, II e VI).

Como aponta Mansueto Almeida⁶,

O grande dilema que vivemos hoje é de que forma retomar a política industrial em bases mais modernas, o que implica, necessariamente, um maior fomento à inovação. Por enquanto, além do nosso padrão histórico de ser um país comprador de tecnologia, temos ainda um desafio de melhorar o sistema educacional e aumentar o número de engenheiros na indústria.

Nesse contexto, a Política Nacional de Inovação surge como estratégia governamental (isto é, como política pública específica) para fomentar o desenvolvimento de novas iniciativas nacionais no campo da pesquisa e desenvolvimento (P&D), e para posicionar o Brasil no cenário mundial da inovação tecnológica.

1. A Política Nacional de Inovação: visão geral e governança.

A Política Nacional de Inovação tem por objetivos fundamentais orientar, coordenar e articular as diversas estratégias, programas e ações de fomento às iniciativas de inovação no setor produtivo, de forma a estimular o aumento da produtividade e competitividade instituições (públicas e privadas, inclusive empresariais) que gerem inovação, bem como de estabelecer mecanismos de cooperação entre os diversos entes da Federação para promover o alinhamento das iniciativas e políticas de fomento à inovação por eles desenvolvidas e executadas.

De forma a permitir a correta execução dos diversos eixos, instrumentos e diretrizes lá estabelecidos, a Política Nacional de Inovação se fundamenta em cinco princípios fundamentais⁷, a saber: (i) a integração, cooperação e intercomunicação entre os órgãos e entidades públicas da Administração pública, para garantir o estabelecimento de prioridades coerentes e similares e fornecer resposta transparente, eficiente, eficaz e efetiva à sociedade em relação ao tema; (ii) transversalidade na implementação dos programas e das ações de fomento à inovação entre os órgãos e entidades públicas; (iii) confiança nos agentes públicos que tratam do tema de inovação; (iv) observância das desigualdades regionais e da sustentabilidade ambiental; e (v) apoio ao gestor público, com vistas a evitar a sua responsabilização em situações em que há risco tecnológico envolvido.

Cada um desses princípios dialoga de forma direta com os princípios que indicem de forma mais ampla sobre a atividade da Administração Pública, especialmente

5 Que alterou de forma bastante significativa a Lei Federal n.º 10.973/2004.

6 ALMEIDA, Mansueto. A CF/88 e as políticas de incentivo à CT&I brasileiras. In: CARDOSO JÚNIOR, José Celso. A Constituição brasileira de 1988 revisitada: recuperação histórica e desafios atuais das políticas públicas nas áreas econômica e social. Brasília: Ipea, 2009. p. 240.

7 Artigo 4º do Decreto Federal n.º 10.534/2020.

com os princípios da publicidade e da eficiência, estabelecidos como comando constitucional para a atuação estatal no Brasil.

Para viabilizar a implementação de seus conteúdos, a Política Nacional de Inovação estabelece dois instrumentos: a Estratégia Nacional de Inovação e os planos setoriais e temáticos de inovação.

A Estratégia Nacional de Inovação, que deve ser formulada e coordenada pela Câmara de Inovação, definirá a prioridade do País para o fomento à inovação no setor produtivo, e deverá ser fundamentada em critérios objetivos e no diagnóstico dos problemas conjunturais e estruturais a serem superados, e também deverá prever as iniciativas estratégicas, os objetivos e as metas quadrienais mensuráveis.

Os planos setoriais e temáticos de inovação, por sua vez, devem prever o alinhamento da proposta com a Estratégia Nacional de Inovação, a forma de implementação das iniciativas estratégicas para consecução dos objetivos e das metas, acompanhada da definição dos responsáveis pela implementação e da sistemática de acompanhamento periódico durante sua execução e a metodologia de monitoramento e de avaliação de resultados e de impactos, acompanhada da definição de indicadores quantitativos mensuráveis.

O Decreto Federal n.º 10.534/2020 estabelece, ainda, as estratégias de governança para a Política Nacional de Inovação, com o estabelecimento de um órgão próprio (Câmara de Inovação), integrado por representantes de diversos Ministérios da Administração Pública Federal, e responsável em sentido amplo pela adoção das medidas, atos e recomendações próprias ao tema.

2. Diretrizes de inovação contidas no Decreto Federal n.º 10.534/2020.

As diretrizes para a implementação da Política Nacional de Inovação são divididas em seis eixos diferentes, voltados aos mais diversos aspectos concernentes aos desafios da inovação, pesquisa e desenvolvimento no Brasil.

O primeiro eixo trata da ampliação da qualificação profissional, por meio da formação tecnológica de recursos humanos voltados à pesquisa científica no País. Dentro desse eixo, são trazidas diretrizes que buscam o estímulo ao interesse nas áreas de ciências exatas e agrárias, de saúde, de tecnologia e de engenharia desde o ensino básico, especialmente entre os grupos sub-representados nas áreas, com foco na a equidade de gêneros.

Também é apresentada a necessidade de revisão dos currículos da educação superior no Brasil, para buscar uma abordagem mais prática, empreendedora e interdisciplinar para o desenvolvimento do empreendedorismo e da inovação e a aproximação da produção de conhecimento e da formação de nível superior com as demandas do setor produtivo nacional, assim como o incentivo ao intercâmbio científico e tecnológico, fundamental para a construção de um sólido conhecimento científico no País.

O segundo eixo das diretrizes para a implementação da Política Nacional de Inovação trata do alinhamento entre os programas e as ações de fomento à inovação e de estímulo a investimentos privados, e contempla diretrizes voltadas

à otimização da alocação de recursos governamentais com base na identificação de produtos, serviços e soluções tecnológicas que atendam à prioridade definida pela Câmara de Inovação (nos termos tratados acima), ao estímulo ao aumento da participação do setor privado nos investimentos em pesquisa, desenvolvimento e inovação, por meio da utilização de instrumentos de política pública⁸, à promoção de modelos de financiamento privado relacionado com a inovação, incluídos modelos de investimento externo direto (por exemplo, por meio de agências de fomento ou bancos de desenvolvimento internacionais) e ao incentivo ao aumento de recursos privados para as chamadas públicas de promoção da inovação, nas quais os projetos são coordenados pelo setor privado por meio de parcerias com as Instituições Científicas, Tecnológicas e de Inovação (ICTs)⁹.

Ao tratarem das fontes alternativas de financiamento das ICTs públicas, Juliana Evangelista da Silva Rocha e André Tortato Rauen anotam que:

A Lei do Bem concede incentivos fiscais às pessoas jurídicas que realizam P&D internamente ou através da cooperação com uma ICT na expectativa de que essas isenções alterem o comportamento das firmas em direção a um maior investimento privado nessas atividades. As atividades beneficiadas conforme Decreto 5.798/2006, que regulamenta a Lei nº 11.196/2005 são: pesquisa básica dirigida, pesquisa aplicada, desenvolvimento experimental, tecnologia industrial básica e serviço de apoio técnico. E os benefícios da lei conforme seus artigos 17, 18 e 19 podem ser apresentados de forma indireta (exclusão da base de cálculo de incidência dos tributos ou suas alíquotas), direta (diretamente na diminuição dos impostos) e temporal (acelerando a depreciação e a amortização de bens) (SANCHES et al., 2017)¹⁰.

O terceiro eixo de inovação trata sobre o estímulo da base de conhecimento tecnológico para a inovação, compreendendo a produção, a absorção e a disseminação de conhecimento e de tecnologias para o aumento da sustentabilidade, da produtividade, da competitividade e do investimento privado em pesquisa, desenvolvimento e inovação no País, o incentivo à melhoria da qualidade da produção científica e tecnológica do Brasil e da disponibilização desses conteúdos de forma aberta e em plataformas digitais, a promoção de iniciativas para manter ou ampliar a infraestrutura de pesquisa, de modo a garantir o fortalecimento dos serviços tecnológicos ofertados no País; a ampliação do desenvolvimento e da transferência de tecnologia e de conhecimento militar para uso civil; e a realização de avaliações periódicas dos resultados do marco legal regulatório que trata da temática de inovação com propostas de atualizações, de forma a acompanhar as inovações tecnológicas.

Dentro desse tema, vale destacar a necessidade de interação entre os diversos atores existentes no setor público (Ministério da Ciência e Tecnologia, agências de financiamento/fomento à inovação, Ministério da Educação, Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior, Conselho Nacional de Desenvolvimento

8 Veja-se, por exemplo, o relevante papel das incubadoras de projetos privados, que pode ser ainda mais potencializado com a aprovação final do chamado Marco Legal das Startups, em tramitação avançada no Congresso Nacional quando o presente artigo foi redigido.

9 Em artigo sobre o tema escrito em 2017, Juliana Rocha e André Rauen já apontavam que: “(...) além do urgente esforço de recomposição do orçamento, pois a P&D é uma atividade portadora de futuro é preciso que os institutos públicos de pesquisa encontrem formas alternativas de captação de recursos que se somem e não substituam o orçamento tradicional” (ROCHA, Juliana Evangelista da Silva; RAUEN, André Tortato. Fontes alternativas de financiamento à ICT pública: limites e possibilidades da Lei do Bem. Disponível em <<https://repositorio.enap.gov.br/bitstream/1/3878/1/Juliana%20Evangelista%20-%20março%202019.pdf>>. Acesso em 18 dez. 2020. p. 03).

10 Idem, p. 04 – 05.

Científico e Tecnológico, Institutos Nacionais de Ciência e Tecnologia, universidades públicas, militares, estatais, etc.) e privado para a construção de um conhecimento que permita ao Brasil avançar no seu patamar tecnológico, em linha com as demais diretrizes estabelecidas pelos órgãos governamentais.

Além disso, é relevante o papel exercido pelos órgãos reguladores das mais diversas áreas do conhecimento, e louváveis as recentes iniciativas de criação de sandboxes regulatórias¹¹ pela Comissão de Valores Mobiliários¹², pela Superintendência de Seguros Privados¹³ e pelo Banco Central do Brasil¹⁴.

O eixo seguinte trata das diretrizes de proteção do conhecimento, com os instrumentos fundamentais de estabelecimento de um sistema e uma estratégia nacionais de propriedade intelectual, reavaliação da regulamentação do tema no Brasil (com vistas à simplificação do processo de pedidos e concessões de patentes no País e ao incentivo aos pedidos de patentes no País e no exterior).

O penúltimo eixo de inovação trata da “disseminação da cultura de inovação empreendedora”, tendo como diretrizes principais aquelas que buscam estimular e incentivar a inovação no País, especialmente aquelas que tratam de uma visão tolerante com riscos e falhas no processo de inovação, de forma a encorajar a aquisição de produtos e o fomento público à inovação e do incentivo à atração e retenção de talentos em áreas importantes para inovação (como se deu em iniciativas como o Programa “Ciência sem Fronteiras”, que exigia o retorno ao Brasil em um período equivalente ao da concessão da bolsa¹⁵).

Por fim, as diretrizes apresentam o eixo de estímulo ao desenvolvimento de mercados para produtos e serviços inovadores, que visa manter a sustentabilidade econômica, competitividade das empresas brasileiras, a ampliação do universo de empresas inovadoras, a simplificação e agilidade na criação e no encerramento de empresas com base tecnológica, a ampliação do mercado de produtos inovadores de maior valor agregado, a racionalização do sistema tributário, a modernização da capacidade empresarial brasileira.

Além disso, essas mesmas diretrizes se voltam diretamente ao próprio Estado brasileiro, determinando-lhe o estímulo a programas de compras públicas de produtos, processos e serviços inovadores, importante instrumento de fomento à uma cultura de

11 Para Ivo Jenik e Kate Lauer, “a regulatory sandbox is a framework set up by a financial sector regulator to allow small scale, live testing of innovations by private firms in a controlled environment (operating under a special exemption, allowance, or other limited, time-bound exception) under the regulator’s supervision. The concept, which was developed in a time of rapid technological innovation in financial markets, is an attempt to address the frictions between regulators’ desire to encourage and enable innovation and the emphasis on regulation following the financial crisis of 2007–2008. A regulatory sandbox introduces the potential to change the nature of the relationship between regulators and financial services providers (regulated or aspiring) toward a more open and active dialogue. It may also enable the regulator to revise and shape the regulatory and supervisory framework with agility [...] Regulators establish sandboxes for various reasons, but the most common reason is to promote competition and efficiencies in financial services markets through innovation” (JENIK, Ivo; LAUER, Kate. Regulatory Sandboxes and Financial Inclusion. CGAP Working Paper. Washington: CGAP, 2017, p. 01).

12 Instrução CVM n.º 626/2020.

13 Resolução n.º 381, de 04 de março de 2020

14 Resolução BCB n.º 29/2020.

15 Cf. o Manual para Bolsistas Graduação Sanduíche. Disponível em <www.cienciasemfronteiras.gov.br/c/document_library/get_file?uuid=9377045b-e9b3-4b17-a0d9-8afc91d535a5&groupId=214072>. Acesso em 10 dez. 2020.

inovação no país¹⁶, bem como a necessidade de atualização da legislação incidente sobre o tema, para que o País possa contratar produtos e serviços de empresas inovadoras de forma mais simplificada¹⁷.

Considerações finais

O estabelecimento de uma Política Nacional de Inovação é fundamental para que o Estado brasileiro possa se envolver ainda mais no cumprimento dos comandos constitucional e legal em busca da inovação tecnológica e no fomento a uma cultura de inovação no Brasil, elemento fundamental na sociedade globalizada do século XXI.

É importante lembrar, contudo, que as iniciativas previstas na Política Nacional de Inovação ainda devem ser regulamentadas, de forma a garantir um ambiente jurídico e regulatório estável e seguro para que as pessoas físicas e jurídicas possam investir em inovação no Brasil, sendo apenas um passo no longo caminho rumo à atualização e inovação tecnológica do País.

Referências bibliográficas

ALMEIDA, Mansueto. A CF/88 e as políticas de incentivo à CT&I brasileiras. In: CARDOSO JÚNIOR, José Celso. A Constituição brasileira de 1988 revisitada: recuperação histórica e desafios atuais das políticas públicas nas áreas econômica e social. Brasília: Ipea, 2009

BERCOVICI, Gilberto. Ciência e inovação sob a Constituição de 1988. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. fe 2012, n. 916, p. 267-295, 2012.

CASTELLS, Manuel. A sociedade em rede. 6 ed. Rio de Janeiro: Paz e terra, 2002.

_____. A Sociedade em Rede: do Conhecimento à Política. In: CASTELLS, Manuel; CARDOSO, Gustavo (org.). A Sociedade em Rede Do Conhecimento à Acção Política. Portugal: Imprensa Nacional, 2005.

GABARDO, Emerson; REIS, Luciano Elias. Ciência, tecnologia e inovação como deveres públicos relativos ao estado e à sociedade civil no Brasil. Revista do Direito, Santa Cruz do Sul, v. 2, n. 52, p. 38-59, out. 2017. ISSN 1982-9957. Disponível em: <<https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/9622>>. Acesso em: 16 dez. 2020. doi:<https://doi.org/10.17058/rdunisc.v2i52.9622>.

JENIK, Ivo; LAUER, Kate. Regulatory Sandboxes and Financial Inclusion. CGAP Working Paper. Washington: CGAP, pp. 1-22, 2017.

16 Veja-se, por exemplo, o caso do “IdeiaGov”, do Governo do Estado de São Paulo, que tem por objetivo “trazer soluções de mercado e da sociedade para desafios do Governo do Estado de São Paulo, oferecendo melhores serviços ao cidadão e mais eficiência na gestão pública”, cf. <<https://ideiagov.sp.gov.br>>. Acesso em 04 jan. 2021.

17 A propósito, o texto da nova Lei de Licitações aprovado pelo Congresso Nacional (pendente de sanção enquanto o presente artigo era elaborado) prevê que um dos objetivos do processo licitatório é “incentivar a inovação e o desenvolvimento nacional sustentável” (artigo 11, IV), bem como estabelece uma margem de preferência para a contratação na ordem de 20% (vinte por cento) para os “bens manufaturados nacionais e serviços nacionais resultantes de desenvolvimento e inovação tecnológica no País” (artigo 26, §2º).

O direito ao esquecimento em face do profiling

The right to be forgotten in face of profiling

João Alexandre Silva Alves Guimarães¹

Ana Júlia Silva Alves Guimarães²

Sumário: 1. Introdução; 2. O Direito ao Esquecimento; 3. A aplicação em frente ao profiling; 4. Considerações Finais

Resumo: Os dados pessoais, hoje, são imprescindíveis para a gestão de marketing e vendas dentro da internet, a partir de publicidade direcionada, principalmente em redes sociais e plataformas de áudio e vídeo. Ao acessar um site e criar um perfil de compra, ou mesmo, a cada busca nos motores de busca, cada acesso em site e o tempo gasto nele, a cada procura de produtos que o usuário realiza na internet, deixa-se rastros, que juntamente com seus dados pessoais, cria um perfil digital para cada usuário, que é a representação de seus gostos, interesses e tudo sobre o usuário que o site ou buscador sabe sobre o detentor desses dados. Porém, existe o direito ao esquecimento, criado a partir do Art. 17.º do Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD) que vem como um complemento para a execução do direito ao apagamento, previsto no mesmo artigo. Com a criação do perfil digital, ou profiling, só é possível a partir do tratamento de dados pessoais — e a proteção dos dados pessoais é um direito fundamental da pessoa humana na União Europeia — é direito do detentor dos dados, os usuários de internet, poder solicitar o apagamento de seu perfil digital e o esquecimento desses dados para a publicidade direcionada que ocorre a partir desse perfil.

Palavras-chaves: Direito ao Esquecimento; RGPD; Profiling.

Abstract: Personal data, today, are essential for the management of marketing and sales within the internet, based on targeted advertising, mainly on social networks and audio and video platforms. When accessing a website and creating a purchase profile, or even, each search on the search engines, each access on the website and the time spent on it, each search for products that the user makes on the internet, it leaves traces, which together with their personal data, it creates a digital profile for each user, which is the representation of their tastes, interests, and everything about the user that the site or search engine knows about the holder of that data. However, there is a right to be forgotten, created from Art. 17 of the General Data Protection Regulation (GDPR) that comes as a complement to the execution of the right to erasure, provided for in the same article. With the creation of the digital profile, or profiling, it is only possible from the processing of personal data - and the protection of personal data is a fundamental right of the human person in the European Union - it is the right of the data holder, internet users, be able to request the deletion of your digital profile and the forgetting of this data for targeted advertising that occurs from that profile.

Keywords: Right to be forgotten; GDPR; Profiling.

¹ Doutorando em Direito pela Universidade de Coimbra, Portugal. Mestre em Direito da União Europeia pela Universidade do Minho, Portugal. Associado do Instituto Brasileiro de Estudos de Responsabilidade Civil – IBERC e Membro do Comitê Executivo do Laboratório de Direitos Humanos – LabDH da Universidade Federal de Uberlândia. joaoalexgui@hotmail.com.

² Discente no curso de Direito na Universidade Pitágoras – Uberlândia. anajuliasagui@gmail.com

1. Introdução

Profiling³ é um sistema, um método ou vários produtos de software que fornecem uma identificação de usuários da internet em seus múltiplos sites, servidores e domínios, criando um monitoramento e captura de dados que descrevem as atividades desses usuários, com a finalidade de descrever seus interesses fazendo uma categorização que pode ser padronizada ou customizada para cada site. Os grupos de usuários podem ser definidos com base nas regras de associação para informações demográficas e de interesse da categoria. A identificação de usuários em vários sites é fornecida por um serviço global que reconhece cada usuário e fornece um identificador globalmente exclusivo para um servidor solicitante, que pode usar o identificador para acumular dados de atividade para o usuário.

Segundo Rafael Zanatta, para a criação do perfil do usuário envolveria, ao menos, seis etapas, sendo elas: registro de dados, agregação e monitoramento de dados, identificação de padrões nos dados, interpretação de resultados, monitoramento dos dados para checar resultados e aplicação de perfis (profiles).⁴

Inserindo isso em um contexto de uma sociedade de informações globalizadas, a coleta dos dados pode ser feita a partir de diversas fontes como transações comerciais, censos e registros públicos, a partir do perfil da pessoa em uma rede social, de cookies que armazenam dados de navegação do usuário e de inúmeras outras formas de rastreamento.⁵

Dessa maneira, cada usuário terá uma interface exclusiva e personalizada nos motores de busca, recebendo conteúdo direcionado, desde propagandas à matérias de interesse pessoal.

2. O direito ao esquecimento

O direito à proteção de dados apresenta-se essencialmente como um direito de garantias de um conjunto de valores fundamentais individuais de que se destacam a privacidade e a liberdade, em poucas palavras, a autodeterminação individual.⁶

A autodeterminação informacional, como modelo constitucional, segue como forma de assegurar as faculdades individuais que integram o conteúdo essencial do direito à proteção dos dados pessoais perante o uso das novas tecnologias, principalmente da informática foi confirmada pelo em decisão jurisprudencial que

3 LIU, Albert M.; GOWER, Stefan F.; BEN-MALEK, Hamid. Internet profiling. U.S. Patent n. 6,839,680, 4 jan. 2005.

4 ZANATTA, Rafael. A. F. Perfilização, Discriminação e Direitos: do Código de Defesa do Consumidor à Lei Geral de Proteção de Dados. In: ResearchGate. [S. l.], fev. 2019. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/331287708_Perfilizacao_Discriminacao_e_Direitos_do_Codigo_de_Defesa_do_Consumidor_a_Lei_Geral_de_Protecao_de_Dados_Pessoais.

5 DÖHMANN, Indra Spiecker et al. Multi-Country - The Regulation of Commercial Profiling: A Comparative Analysis. European Data Protection Law Review, Lexxion, v. 2, n. 4, p. 535-554, 2016. Disponível em: <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01522818/document>

6 CALVÃO, Filipa Urbano. O Direito Fundamental à Proteção dos Dados Pessoais e a Privacidade 40 Anos Depois. Jornadas nos quarenta anos da Constituição da República Portuguesa – Impacto e Evolução, Manuel Afonso Vaz, Catarina Santos Botelho, Luís Heleno Terrinha, Pedro Coutinho (Coord.), Universidade Católica Editora, 2017. Página 89.

marcou a construção do direito à autodeterminação informacional na Alemanha.⁷

Em 1995, a União Europeia adotou a Diretiva de Proteção de Dados, Diretiva 95/46, com dois objetivos principais: proteger o direito fundamental à proteção de dados, e garantir o livre fluxo de informações pessoais entre os Estados-Membros. Este último objetivo permitiu à UE conseguir uma maior harmonização da proteção de dados, exigindo que cada Estado-Membro adotasse legislação nacional para proteger “os direitos e liberdades fundamentais das pessoas singulares.”⁸

O artigo 12.º da mesma diretiva descreveu o Direito de Acesso, impondo aos Estados-Membros a obrigatoriedade de garantir às pessoas em causa o direito de obterem do responsável pelo tratamento, na alínea b, “consoante o caso, a retificação, o apagamento ou o bloqueio dos dados cujo tratamento não cumpra o disposto na presente diretiva, nomeadamente devido ao carácter incompleto ou inexato desses dados”.⁹

Os pedidos de apagamento ou eliminação dos dados baseiam-se, muitas vezes, na alegação de que o tratamento de dados não tem uma base legítima. Essas alegações surgem geralmente quando o consentimento foi revogado ou quando certos dados já não são necessários à prossecução da finalidade para que foram recolhidos. O ônus da prova de que o tratamento dos dados é legítimo recairá sobre o responsável pelo tratamento, uma vez que é ele o responsável pela legitimidade do tratamento. O princípio da responsabilidade exige que o responsável pelo tratamento esteja em condições de demonstrar, a todo o tempo, que as suas operações de tratamento de dados têm uma base legal legítima, caso contrário terá de interromper esse tratamento.¹⁰

Posteriormente, o acórdão Google tornou-se um marco e referência dentro da UE e para todo o mundo. A partir da decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) iniciou-se a discussão sobre o tratamento de dados pelos motores de busca e consolidou-se o “direito ao esquecimento” (ou à desindexação), que é o direito ao apagamento aplicado aos mecanismos de busca, ou seja, o direito a desindexar informações nas pesquisas realizadas por essa via.

O processo que deu origem ao acórdão C-131/12, opunha o Google Spain SL, Google Inc. contra Agência Española de Protección de Datos (AEPD), e Mario Costeja González, sendo datado de 13 de maio de 2014.¹¹

O TJUE reconheceu que cada pessoa tem o direito a que informações sobre si disponíveis na internet deixem de ser associadas ao seu nome, por meio de uma lista de resultados exibida na sequência de uma pesquisa efetuada em motores de busca, sem que, todavia, a constatação desse direito pressuponha que tal associação cause prejuízo à pessoa em causa. Na medida em que esta pode, tendo em conta

7 MIRADA, Jorge; MEDEIROS, Ruy. Constituição Portuguesa Anotada. Volume I, 2º ed., Revista – Lisboa: Universidade Católica Editora, 2017. Página 568.

8 CURTISS, Tiffany. Privacy Harmonization and the Developing World: The Impact of the EU's General Data Protection Regulation on Developing Economies. Washington Journal of Law, Technology & Arts, 97-121, 2016. P. 99

9 Art. n.º 12 da Diretiva 95/46/CE.

10 CONSELHO DA EUROPA. Manual da Legislação Europeia sobre Proteção de Dados. Luxemburgo, p. 118 – 119, 2014.

11 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Acórdão C-131/12 - Google Spain SL e Google Inc. contra Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) e Mario Costeja González, 2014.

os seus direitos fundamentais nos termos dos artigos 7.º (proteção da vida privada) e 8.º (proteção de dados pessoais) da Carta, requerer que a informação em questão deixe de estar à disposição do grande público devido à sua inclusão numa lista de resultados. Esses direitos prevalecem, em princípio, não só sobre o interesse económico do operador do motor de pesquisa, mas também sobre o interesse desse público em aceder à informação numa pesquisa sobre o nome dessa pessoa.¹²

O TJUE decidiu que os interesses dos internautas na obtenção da informação devem ser considerados. O que não significa que os seus interesses prevaleçam, mas apenas que devem ser especialmente tidos em conta, ou seja, o Tribunal não deixa de reconhecer que o direito à desindexação não é, como não o é nenhum direito, absoluto, impondo-se a sua conciliação com outros direitos reconhecidos na ordem jurídica europeia.¹³

O RGPD traz no início de suas considerações o ponto pelo qual o direito a ser esquecido está presente. No considerando 65 coloca que “Os titulares dos dados deverão ter direito a que os dados que lhes digam respeito sejam retificados e o “direito a serem esquecidos” quando a conservação desses dados violar o presente regulamento ou o direito da UE ou dos Estados-Membros aplicável ao responsável pelo tratamento.”.¹⁴

O direito de ser esquecido permite que um indivíduo controle seus dados pessoais se não for mais necessário para seu propósito original, ou se, por algum outro motivo, desejar retirar o consentimento quanto ao seu processamento, entre outras razões.¹⁵

O “direito ao esquecimento” foi fortalecido quando comparado com o julgamento do Google Spain, pois inclui uma obrigação, para o responsável pelo tratamento que tornou públicos os dados pessoais, para informar outros responsáveis pelo tratamento que processam tais dados pessoais para apagar quaisquer links, ou cópias ou replicações desses dados pessoais. Ao fazê-lo, esse responsável pelo tratamento deve tomar medidas razoáveis, levando em conta a tecnologia disponível e os meios disponíveis para o responsável pelo tratamento, incluindo medidas técnicas.¹⁶

Cabe ressaltar que os sites que editam e armazenam conteúdo, que são indexados nos mecanismos de busca, desfrutam da liberdade de expressão e permitem o direito à informação ao público. O prejuízo inicia na falta de interesse público e o lapso de tempo permite ao indivíduo a quem tal conteúdo se relaciona o direito de pleitear a sua eliminação e consequente a desindexação. É verdade que grande parte da informação é, embora em menor escala, de algum interesse para algumas pessoas, ou que tal conteúdo faz parte da coleção histórica da sociedade, como na biblioteca digital do jornal. Assim, parece raro se deparar com um caso claro

12 SILVEIRA, Alessandra; MARQUES, João. Página 102.

13 CASTRO, Caratina Sarmento e. Página 1062.

14 PARLAMENTO EUROPEU E O CONSELHO. Regulamento (UE) 2016/679, de 27 de abril de 2016.

15 SAFARI, Beata A. Intangible Privacy Rights: How Europe’s GDPR Will Set a New Global Standard for Personal Data Protection. Seton Hall Law Review, Volume 47, 809-848, 2017. Página 835.

16 BURRI, Mira; SCHÄR, Rahel. The Reform of the EU Data Protection Framework: Outlining Key Changes and Assessing Their Fitness for a Data-Driven Economy. Journal of Information Policy, Volume 6, 479-511, 2014. Página 490.

e simples de supremacia do direito ao esquecimento.¹⁷

3. A aplicação em frente ao profiling

Para Eli Pariser, a democracia exige que os cidadãos enxerguem as coisas pelo ponto de vista dos outros; em vez disso, o autor alerta que “estamos cada vez mais fechados em nossas próprias bolhas. A democracia exige que nos baseemos em fatos compartilhados; no entanto, estão nos oferecendo universos distintos e paralelos”.¹⁸

Consoante Eduardo Magrani, no livro *Democracia Conectada*, o mecanismo de filtragem em feeds de mídias sociais pode trazer duas consequências para seus usuários. A primeira seria a falsa impressão de que todas as conexões do usuário estão visualizando a publicação postada quando, na verdade, provavelmente apenas aqueles que tem interesse nesse ponto de vista específico e provavelmente compartilham a mesma opinião terão essa postagem em seus feeds. A segunda falsa impressão produzida por esse mecanismo é a ideia de um consenso. Como a bolha do filtro apenas compartilha esse conteúdo com indivíduos que defendem o mesmo ponto de vista, pois amam e odeiam algo tanto quanto o usuário, há uma falsa impressão de que essa visão é a mais popular e razoável, adotada pela vasta maioria das conexões do usuário.¹⁹

Ao utilizar as diversas plataformas do mundo digital, as pessoas deixam rastro de gostos, preferências, desejos e demais características, as quais, a partir da prática do profiling são catalogadas e formatam um certo perfil digital do usuário, porém muitas vezes o fazem sem anuência do consumidor e com fins e mercadológicos. Sendo assim, a identidade passa a ser manipulada e deixa de estar dentro da esfera exclusivamente pessoal daquele sujeito que deveria ser o único protagonista de sua esfera privada de construção de identidade, principalmente porque esta pode ser constantemente alterada ao longo do tempo.²⁰

Tudo isso significa que nosso comportamento se transformou em uma mercadoria, um pedaço pequenino de um mercado que serve como plataforma para a personalização de toda a internet.²¹ Em última análise, a bolha dos filtros pode afetar nossa capacidade de decidir como queremos viver. Para sermos os autores da nossa própria vida temos que estar cientes da variada gama de opções e estilos de vida disponíveis. Quando entramos numa bolha de filtros, permitimos que as empresas que a desenvolveram escolham as opções das quais estaremos cientes. Talvez pensemos ser os donos do nosso próprio destino, mas a personalização pode

17 SILVESTRE, Gilberto Fachetti; BORGES, Carolina Biazatti; BENEVIDES, Nauani Schades. The Procedural Protection of Data De-Indexing in Internet Search Engines: The Effectiveness in Brazil of the So-Called “Right to be Forgotten” Against Media Companies. *Revista Jurídica*, [S.l.], v. 1, n. 54, p. 40, mar. 2019.

18 PARISER, Eli. *O Filtro Invisível – O que a internet está escondendo de você*. Tradução por Diego Alfaro. Editora Zahar. Disponível em: <<https://lereumvicio.files.wordpress.com/2016/06/o-filtro-invisivel-eli-pariser.pdf>>. Edição digital: março 2012. Página 9.

19 MAGRANI, Eduardo. *Democracia conectada: A internet como ferramenta de engajamento político-democrático*. Curitiba: Juruá, 2014.

20 BONNA, Alexandre Pereira. Dados Pessoais, Identidade Virtual e a Projeção da Personalidade: “Profiling”, Estigmatização e Responsabilidade Civil. In: Martins, Guilherme Magalhães; Rosenvald, Nelson. (Coord.). *Responsabilidade Civil e Novas Tecnologias*. Indaiatuba, SP. Editora Foco, 2020. Página 22.

21 PARISER, Eli. *O Filtro Invisível – O que a internet está escondendo de você*. Tradução por Diego Alfaro. Editora Zahar. Versão para Kindle. Edição digital: março 2012. Locais do Kindle 646-647

nos levar a uma espécie de determinismo informativo, no qual aquilo em que clicamos no passado determina o que veremos a seguir – uma história virtual que estamos fadados a repetir. E com isso ficamos presos numa versão estática, cada vez mais estreita de quem somos – uma repetição infundável de nós mesmos.²²

O artigo 4.º, no n.º 4, do Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD), na União Europeia, define perfil como qualquer forma de tratamento automatizado de dados pessoais que consista em utilizar esses dados pessoais para avaliar certos aspetos pessoais de uma pessoa singular, nomeadamente para analisar ou prever aspectos relacionados com: desempenho profissional; situação económica; saúde; preferências; interesses; habilidade; comportamento; localização ou suas deslocações.²³

Para Alexandre Pinheiro, nos termos do n.º 4 do artigo 4.º do RGPD, a concessão de perfis visa dois objetivos: tratamento automatizado de dados pessoais e utilização desses dados para avaliar certos aspetos pessoais de uma pessoa singular, e o n.º 1 do artigo 22 consagra o direito do titular dos dados a não ficar sujeito a nenhuma tomada de decisão exclusivamente com base no tratamento de dados automatizado, que poderá incluir uma medida que avalie aspetos pessoais os quais lhe digam respeito, incluindo a definição de perfis, mediante qualquer forma de tratamento automatizado de dados pessoais.²⁴

Já na Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), legislação brasileira, no § 2º do Art. 12, poderão ser igualmente considerados como dados pessoais, para os fins da Lei, aqueles utilizados para formação do perfil comportamental de determinada pessoa natural, se identificada.²⁵

Entende-se então que o uso dos dados pessoais para a formação do profiling e a formação desse perfil para tomada de decisões automáticas no Brasil devem respeitar os princípios e deveres presentes na LGPD, previstos no Art. 7º da Lei, e o mais importante mediante o fornecimento de consentimento pelo titular.

O consentimento, esse é uma ação necessária que deve o titular dos dados repassar aos agentes de tratamento. Deve ser gratuito, expresso e informado. Vale observar que, no caso de tratamento médico, quando o titular dos dados não tiver capacidade para consentir, por doença mental ou menoridade, o consentimento deve ser feito por seu responsável legal na forma prevista na lei civil. O consentimento não deve ser genérico, tendo o agente de tratamento a obrigação de informar ao titular os limites de seu consentimento e respeitá-los estritamente.²⁶

O desenvolvimento e crescente uso dos meios tecnológicos que deixam “pegadas eletrônicas” tornam cada vez mais importantes as garantias contra o tratamento e a utilização abusiva de dados pessoais informatizados. A sua relação de tensão com vários direitos, liberdades e garantias – tais como o desenvolvimento da personalidade,

22 PARISER, 2012, Locais do Kindle 250-255.

23 PARLAMENTO EUROPEU E O CONSELHO, Regulamento 2016/679, Art. 4.º.

24 PINHEIRO, Alexandre de Sousa. Privacy e Proteção de Dados Pessoais: A Construção Dogmática do Direito à Identidade Informacional. AAFDL, Lisboa, 2015. p. 388.

25 BRASIL. Lei Nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Art. 12º

26 GUIMARÃES, João Alexandre; MACHADO, Lecio. Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados lei 13.709/2018 com alterações da MPV 869/2020. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, página 58.

a dignidade da pessoa, a intimidade da vida privada – é inquestionável.²⁷

Sendo assim, o direito de conhecer a finalidade ou “a que se destinam” os dados pessoais informatizados recorta-se, hoje, como um direito à autodeterminação informativa de particular relevo. Ou seja, trata-se de um direito à autodeterminação sobre informações referentes a dados pessoais que exige uma proteção clara quanto ao “desvio dos fins” a que se destinam essas informações.²⁸

Sendo assim, a criação de perfil, e consequentemente de escolhas automáticas a partir de quem trata os dados pessoais, atentam diretamente a liberdade de escolha do usuário. Na União Europeia atenta diretamente contra o direito fundamental da proteção de dados, privando o usuário de autodeterminar o que ele quer adquirir como informação, indo de encontro com o princípio que é pedra angular para a proteção de dados, presente na maioria das constituições europeias desde a década de 70.

Entendendo-se que o profiling é fruto de um tratamento de dados e que a partir dele existe outros tratamentos, o detentor do dado pode retirar o consentimento desse tratamento, ou mesmo, pedir para que seus dados sejam apagados e esquecidos para a finalidade do profiling.

Para Menezes Cordeiro a natureza jurídica do direito ao esquecimento suscita dúvidas. Seguindo a letra do preceito, o direito ao esquecimento não consiste num direito a exigir, do público em geral, o apagamento de determinados dados pessoais, mas somente no direito a exigir ao responsável pelo tratamento que informe os demais responsáveis de que o titular dos dados lhes solicitou o apagamento das ligações para esses dados pessoais, bem como o apagamento de eventuais cópias ou reproduções.²⁹

A comunicação desta intenção não parece sequer fazer emergir na esfera jurídica desses outros responsáveis pelo tratamento uma obrigação (passiva) de apagamento: cabe ao titular dos dados requerê-lo individualmente. O direito ao esquecimento surge como um reconhecimento da insuficiência do apagamento dos dados pelo responsável pelo tratamento originário, em face das especificidades da Internet. Como é notório, o simples facto de se apagar uma determinada informação de um sítio não significa que ele tenha sido apagado de toda a Internet.³⁰

Para Alexandre Sousa Pinheiro em anotação alude à publicitação dos dados pelo responsável, que, quando for obrigado ao respetivo apagamento, face exercício deste direito, terá que adotar as medidas que forem razoáveis para informar os responsáveis pelo tratamento efetivo dos dados pessoais de que o titular dos dados lhe solicitou o apagamento das ligações para esses dados pessoais, bem como das cópias, réplicas, ou reprodução dos mesmos. Este preceito trata do direito a ser esquecido em linha, que se consubstancia na adoção de medidas técnicas, por parte do responsável pelo tratamento para, informar outros sites de que determinado titular

27 CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. Constituição da República Portuguesa Anotada: artigos 1º a 107º, Volume I, 4ª edição revista. Coimbra Editora, 2007. Páginas 550-551.

28 CANOTILHO; MOREIRA, 2007, p. 551

29 CORDEIRO, A. Barreto Menezes. Direito da Proteção de Dados: À Luz do RGPD e da Lei N.º 58/2019. Coimbra: Almedina, novembro de 2016. Página 275.

30 CORDEIRO, A. Barreto Menezes. Página 275.

requereu a pagamento de seus dados pessoais.³¹

Ou seja, o detentor dos dados, tem o direito de pedir para que o seu perfil digital seja apagado dos sites que o tem, e além disso, pode exigir que esse dado seja esquecido, partindo do controlador, o que fez a recolha, e todos os operadores que tratam esse dado pessoal.

4. Considerações finais

O profiling é uma ferramenta que está sendo utilizado para aprimorar e garantir que propagandas sejam mais efetivas. Ao entender o que cada consumidor quer é mais fácil de organizar promoções, campanhas de publicidade e venda de mercadorias específicas.

Porém, o usuário da internet tem o direito de não querer receber publicidade direcionada, ou mesmo, de que o mercado, através do profiling, defina o que é útil ou não para ela, o que pode ser mais interessante ou o que ela pode estar desejando, o que influencia diretamente na sua vida privada e no seu poder de escolha.

Sendo assim, como previsto no RGPD, o usuário e detentor dos dados pode retirar o consentimento para que seu dado seja apagado e esquecido, ou mesmo pode solicitar diretamente as empresas que possuem seu perfil digital que esses dados sejam apagados e que sejam esquecidos em toda a linha de tratamento. Podendo, assim, exercer o seu direito de livre escolha sobre aquilo que deseja consumir.

Referências

BONNA, Alexandre Pereira. Dados Pessoais, Identidade Virtual e a Projeção da Personalidade: “Profiling”, Estigmatização e Responsabilidade Civil. In: Martins, Guilherme Magalhães; Rosendal, Nelson. (Coord.). Responsabilidade Civil e Novas Tecnologias. Indaiatuba, SP. Editora Foco, 2020. Página 22.

BRASIL. Lei Nº 13.709, de 14 de agosto de 2018.

BURRI, Mira; SCHÄR, Rahel. The Reform of the EU Data Protection Framework: Outlining Key Changes and Assessing Their Fitness for a Data-Driven Economy. Journal of Information Policy, Volume 6, 479-511, 2014. Página 490.

CALVÃO, Filipa Urbano. O Direito Fundamental à Proteção dos Dados Pessoais e a Privacidade 40 Anos Depois. Jornadas nos quarenta anos da Constituição da República Portuguesa – Impacto e Evolução, Manuel Afonso Vaz, Catarina Santos Botelho, Luís Heleno Terrinha, Pedro Coutinho (Coord.), Universidade Católica Editora, 2017. Página 89.

CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. Constituição da República Portuguesa Anotada: artigos 1º a 107º, Volume I, 4ª edição revista. Coimbra Editora, 2007.

CASTRO, Catarina Sarmiento e. A Jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, o Regulamento Geral sobre a proteção de dados pessoais e as novas

31 PINHEIRO, Alexandre Sousa (Coord.). Página 368.

perspectivas para o direito ao esquecimento na Europa. Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Rui Moura Ramos. Volume 1, Almedina, p. 1051, 2016.

CONSELHO DA EUROPA. Manual da Legislação Europeia sobre Proteção de Dados. Luxemburgo, p. 118 – 119, 2014.

CORDEIRO, A. Barreto Menezes. Direito da Proteção de Dados: À Luz do RGPD e da Lei N.º 58/2019. Coimbra: Almedina, novembro de 2016. Página 275.

CURTISS, Tiffany. Privacy Harmonization and the Developing World: The Impact of the EU's General Data Protection Regulation on Developing Economies. Washington Journal of Law, Technology & Arts, 97-121, 2016.

DÖHMANN, Indra Spiecker et al. Multi-Country - The Regulation of Commercial Profiling: A Comparative Analysis. European Data Protection Law Review, Lexxion, v. 2, n. 4, p. 535-554, 2016. Disponível em: <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01522818/document>

GUIMARÃES, João Alexandre; MACHADO, Lecio. Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados lei 13.709/2018 com alterações da MPV 869/2020. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, página 58.

LIU, Albert M.; GOWER, Stefan F.; BEN-MALEK, Hamid. Internet profiling. U.S. Patent n. 6,839,680, 4 jan. 2005.

MAGRANI, Eduardo. Democracia conectada: A internet como ferramenta de engajamento político-democrático. Curitiba: Juruá, 2014.

MIRADA, Jorge; MEDEIROS, Ruy. Constituição Portuguesa Anotada. Volume I, 2º ed., Revista – Lisboa: Universidade Católica Editora, 2017. Página 568.

PARISER, Eli. O Filtro Invisível – O que a internet está escondendo de você. Tradução por Diego Alfaro. Editora Zahar. Versão para Kindle. Edição digital: março 2012. Locais do Kindle 646-647

PARLAMENTO EUROPEU E O CONSELHO. Regulamento (UE) 2016/679, de 27 de abril de 2016.

PINHEIRO, Alexandre de Sousa. Privacy e Proteção de Dados Pessoais: A Construção Dogmática do Direito à Identidade Informacional. AAFDL, Lisboa, 2015. p. 388.

PINHEIRO, Alexandre Sousa (Coord.); Coelho, Cristina Pimenta; Duarte, Tatiana; Gonçalves, Carlos Jorge; Gonçalves, Catarina Pina. Comentários ao Regulamento Geral de Proteção de Dados. Almedina, Coimbra, dezembro de 2018.

SAFARI, Beata A. Intangible Privacy Rights: How Europe's GDPR Will Set a New Global Standard for Personal Data Protection. Seton Hall Law Review, Volume 47, 809-848, 2017. Página 835.

Silveira, Alessandra; Marques, João. Do Direito a Estar Só ao Direito ao Esquecimento. Considerações Sobre a Proteção de Dados Pessoais Informatizados no Direito da União Europeia: Sentido, Evolução e Reforma Legislativa. Revista da Faculdade de Direito - UFPR, Vol. 61(n.º 3), 2016.

SILVESTRE, Gilberto Fachetti; BORGES, Carolina Biazatti; BENEVIDES, Nauani

Schades. The Procedural Protection of Data De-Indexing in Internet Search Engines: The Effectiveness in Brazil of the So-Called “Right to be Forgotten” Against Media Companies. *Revista Jurídica*, [S.l.], v. 1, n. 54, p. 40, mar. 2019.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Acórdão C-131/12 - Google Spain SL e Google Inc. contra Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) e Mario Costeja González, 2014.

ZANATTA, Rafael. A. F. Perfilização, Discriminação e Direitos: do Código de Defesa do Consumidor à Lei Geral de Proteção de Dados. In: ResearchGate. [S. l.], fev. 2019. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/331287708_Perfilizacao_Discriminacao_e_Direitos_do_Codigo_de_Defesa_do_Consumidor_a_Lei_Geral_de_Protecao_de_Dados_Pessoais.

A proteção de dados como direito fundamental: uma análise à proposta de emenda à constituição nº 17/2019

Data Protection as a Fundamental Right: An analysis of the proposed amendment to Constitution nº 17/2019

Flávia Christiane de Alcântara Figueira Secco¹

Sumário: 1. A Lei Geral de Proteção de Dados e seu propósito protecionista; 2. A positivação da proteção de dados como direito fundamental; 3. Considerações Finais.

Resumo: O presente artigo tem por objetivo apresentar os aspectos centrais da proteção de dados como direito fundamental em uma visão apartada dos direitos já institucionalizados na Carta Magna de 1988, quais sejam, o direito à privacidade, intimidade, honra e demais direitos correlacionados, consonante a entrada em vigor da Lei nº 13.709/2018, a chamada Lei Geral de Proteção de Dados. Propõe-se analisar a importância da Proposta de Emenda a Constituição nº 17 de 2019, como instrumento valioso e necessário para introduzir a proteção de dados no âmbito dos direitos fundamentais, sendo esta, importante objeto para discussão da matéria. Por meio de estudo da legislação pertinente e com uso de metodologia qualitativa, procedeu-se à observação da análise da proteção de dados como objeto necessário a ser introduzido no ordenamento jurídico brasileiro. Contatou o presente estudo, a necessidade de maior aprofundamento na discussão para que haja a efetiva inserção da proteção de dados no arcabouço de direitos fundamentais, instalado no art. 5º da Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988. Assim, destaca que se trata de uma reflexão oriunda de uma pesquisa ainda em andamento e, portanto, sem pretensão de respostas totalmente conclusivas, uma vez se tratar de matéria ainda pouco discutida no âmbito acadêmico.

Palavras-chave: Proteção de Dados, Privacidade, Direito Fundamental.

Abstract: This article aims to present the central aspects of data protection as a fundamental right in a view apart from the rights already institutionalized in the 1988 Constitution, namely, the right to privacy, intimacy, honor and other related rights, according to the entry in force of Law No. 13,709 / 2018, the so-called General Data Protection Law. It is proposed to analyze the importance of the Proposed Amendment to Constitution No. 17 of 2019, as a valuable and necessary instrument to introduce data protection within the scope of fundamental rights, which is an important object for discussion of the matter. By studying the relevant legislation and using qualitative methodology, we proceeded to observe the analysis of data protection as a necessary object to be introduced in the Brazilian legal system. The present study contacted the need for further discussion in order to have an effective insertion of data protection in the framework of fundamental rights, installed in art. 5 of the Federal Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988. Thus, it emphasizes that this is a reflection arising from a research that is still in progress and, therefore, without pretending to be totally conclusive answers, since it is a matter that is still little discussed within academic.

Keywords: Data Protection, Privacy, Fundamental Right.

¹ Advogada e Professora da Universidade da Amazônia – UNAMA. Mestranda em Direitos Fundamentais pelo PPGDF/UNAMA. Especialista em Direito Processual pela UNINASSAU/PA e Pós – graduação em Direito Eletrônico pela Universidade Cândido Mendes/RJ, em Advocacia no Direito Digital e Proteção de Dados pela Escola Brasileira de Direito/SP e em Direito das Famílias e Sucessões pelo CESUPA/PA. Membro do International Association of Privacy Professionals – IAPP e Comissão da Família e Tecnologia do Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM. Contato flavia@flaviafigueiraseccoadv.com.br

1. A Lei Geral de Proteção de Dados e seu propósito protecionista

A Lei Geral de Proteção de Dados, lei nº 13.709/2018, cuja produção de seus efeitos normativos entrou em vigor em 18 de setembro de 2020 e efeitos sancionatórios ainda entrarão em 01 de agosto de 2021, traz de imediato uma série de questionamentos quanto a utilização, armazenamento e divulgação dos dados pessoais das pessoas físicas pelas pessoas jurídicas, sejam elas privadas ou públicas e mesmo por pessoas naturais que se utilizem indevidamente destes ativos.

Em seu artigo 1º² é expressa a essência da legislação quanto à sua sistemática protetiva, onde se observa:

Esta Lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

Assim, demonstra a lei, seu fim precípua de proteger direito fundamental de liberdade e privacidade, já positivados na Carta Política Brasileira. Dessa forma, há de se destacar que a Constituição Federal de 1988 traz em seu arcabouço de direitos fundamentais a proteção à privacidade³, o que em muito diverge da proteção aos dados pessoais, destacando a importância da Proposta de Emenda à Constitucional nº 17/2019 que preleciona tal proteção de forma como deve ser entendida e incorporada à Carta Magna.

De forma incipiente, destaca-se que o direito à privacidade foi incorporado à Constituição Federal de 1988, tendo a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 como documento inspirador, enfatizando nesse escopo o direito à inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e imagem, assim como do sigilo da casa e das telecomunicações, ou seja, faz-se imperioso apontar a interferência estatal na vida privada.

Destaca Ferreira, Rafael Freire⁴ que a privacidade é crucial na concretização dos direitos de igualdade e da liberdade, partindo-se do princípio – óbvio – da sociedade, afinal o homem está inserido em um contexto social.

Divergentemente, mesmo que a priori se pareça ter igualdade de abrangência quanto ao objeto de proteção, o direito à proteção dos dados pessoais, emerge da necessidade de proteção advinda em especial com o advento da internet, onde se verifica novos riscos às liberdades e garantias individuais do cidadão no que tange à coleta e uso de informações coletadas no âmbito do espaço digital que se encontra cada vez mais pulverizado e abrangente.

Assim destaca Doneda, Danilo⁵ que (...) a proteção de dados pessoais é uma garantia de caráter instrumental, derivada da tutela de privacidade, porém, não limitada por esta; ainda, faz referência a um leque de garantias fundamentais que se encontram no ordenamento brasileiro.

2 Art. 1º da Lei Geral de Proteção de Dados, Lei nº 13.709/2018.

3 Art. 5º, X da Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988.

4 FERREIRA, Rafael Freire. Autodeterminação informativa e a privacidade na sociedade da informação – 3. ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 73.

5 DONEDA, Danilo. Da Privacidade à Proteção de Dados Pessoais: Fundamentos da Lei Geral de Proteção de Dados – 2.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 265

Ressalta a lei que essa proteção dos dados pessoais não está sendo feita somente a partir da promulgação da LGPD, pelo contrário, tal proteção já existe em leis esparsas e primordialmente de forma constitucional, mesmo que não explicitamente e no próprio direito à privacidade que atualmente não mais comporta a essência da proteção dos dados.

Segundo o artigo 5º da LGPD, dados pessoais são todas as informações relacionadas a pessoa natural identificada ou identificável e aos dados sensíveis, que seriam a extensão dessa conceituação, sendo todo esse dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural.

Assim, por exemplo, os direitos à intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, protegidos constitucionalmente, conforme artigo 5º, X da Constituição Federal, passam a ter o reforço da Lei Geral de Proteção de Dados, ratificando o que ali já existe mas sem considerar em seu arcabouço primordial os avanços tecnológicos da atualidade.

É vivenciada a era da Sociedade da Informação, onde não se vislumbra mais qualquer possibilidade de se desvencilhar do compartilhamento de dados dos mais variados possíveis.

Imperioso assim, ratificar a importância da lei e consequentemente da proteção de dados no âmbito do direito fundamental, exatamente entendendo o aspecto evolutivo dessa sociedade da informação na atual conjuntura globalizada.

Para Bione, Bruno⁶:

a informação avoca um papel central e adjetivante da sociedade: sociedade da informação. A informação é o (novo) elemento estruturante que (re) organiza a sociedade, tal como o fizeram a terra, as máquinas a vapor e a eletricidade, bem como os serviços, respectivamente nas sociedades agrícola, industrial e pós-industrial.

Ao solicitar um carro por aplicativo para ir ao trabalho, realizar o pedido do almoço quando não há tempo de ir em casa ou em um restaurante, pagar um conta pelo mobile banking, conversar com a família ou com qualquer outra pessoa pelo aplicativo de mensagens instantâneas e mesmo ao postar um foto da família no passeio do final de semana no aplicativo de compartilhamento de imagens ou mesmo realizar o check in por biometria facial quando vai para uma consulta com um médico em um prédio comercial.

Em todas as situações destacadas acima, há de se apontar a realização de compartilhamento de dados, sejam eles dados pessoais de um modo geral como o número do CPF ou sensíveis como por exemplo o tipo sanguíneo, de tal forma que não mais nos damos conta de que está ocorrendo essa propagação de dados considerados importantes para a existência do ser humano dotado de personalidade civil, conforme artigo 2º⁷ do Código Civil Brasileiro.

Assim, faz-se importante salientar que ao adentrar no aspecto protetivo

6 BIONE. Bruno Ricardo. Proteção de Dados Pessoais: a função e os limites do consentimento – Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 52.

7 Art. 2º da Lei nº 10.406/2002: A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

enquanto análise da proteção dos dados à luz da Lei Geral de Proteção de Dados, os ensinamentos do doutrinador Alexy⁸ quando da conceituação ao direito a proteção:

Por “direitos a proteção” devem ser aqui entendidos os direitos do titular de direitos fundamentais em face do Estado a que este o proteja contra intervenções de terceiros. Direitos a proteção podem ter os mais diferentes objetos. Desde a proteção contra os homicídios na forma mais tradicional, até a proteção contra os perigos do uso pacífico da energia nuclear. Não são apenas a vida e a saúde os bens passíveis de serem protegidos, mas tudo aquilo que seja digno de proteção a partir do ponto de vista dos direitos fundamentais.

Não há como olvidar de que os dados pessoais dos cidadãos se converteram em um fator vital para a engrenagem da economia da informação e que esses dados estão circulando nessa sociedade, sendo amparados atualmente pela recente entrada em vigor da Lei Geral de Proteção de Dados, a qual busca parametrizar uma necessidade já sistematizada em vários estados estrangeiros, na busca de salvaguardar esses ativos mundialmente necessários e dinâmicos à esta sociedade moderna.

2. A positivação da Proteção de Dados como Direitos Fundamentais

A Lei Geral de Proteção de Dados, entrou em vigor no dia 18 de setembro próximo, colocando o Brasil no rol dos mais de 130 (cento e trinta) países que possuem legislação específica sobre o tema, sendo muitos deles positivados em suas respectivas Constituições.

Observa-se que a referida normativa teve como base inspiradora a legislação europeia, a GDPR – General Data Protection Regulation⁹ que se assenta na fundamentação legal da autodeterminação informativa, concedendo aos titulares dos dados pessoais o poder necessário para controlar suas informações, assim como um efetivo controle sobre os seus dados.

Tal dimensão é remetida aos ensinamentos kantianos¹⁰ quanto à lógica da autonomia da vontade, fundando-se na máxima de que “ao considerar o homem livre, torna-o portador de uma vontade pura, capaz de agir segundo os princípios que ela mesma se impõe”.

Enfatizar a autonomia da vontade no campo constitucional faz-se necessário no que tange à proteção de dados, haja vista tratar o assunto com a relevância que merece dentro do aspecto dos direitos fundamentais, considerando sua subjetividade quanto a aplicação da normativa nesta seara que, apesar de nova no aspecto de estudos acadêmicos, na prática e de forma objetiva, já se demonstra mais que necessária e fora de uma linha temporal que deve estar concatenada com os avanços da sociedade nos seus mais variados aspectos.

Não se pode olvidar que o dinamismo com que as informações tramitam nos dias atuais é de extrema relevância, merecendo proteção constitucional em que pese a imposição de um sistema de conformidade protecionista para o indivíduo quando da coleta e tratamento de seus dados pessoais, seja ele no meio digital ou no meio físico.

8 ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais: teoria & direito público. 2.ed. 5. tiragem. São Paulo: Malheiros Editores. 2017. p. 450

9 Disponível em <https://gdpr-rep.eu/>

10 KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes. São Paulo: Martin Claret, 2002. p. 81

Importante ratificar que essa proteção constitucional não é novidade no restante do mundo, como se pode observar no art. 8º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia¹¹, o qual preleciona o direito à proteção de dados pessoais, explicitando seus valores fundamentais, determinando que seu processamento deve ser justo, com propósito específico.

Destaca ainda a preciosa Carta a importância do consentimento dos titulares dos dados ou que haja uma base legal específica para utilização dos referidos dados, garantindo ainda a esses titulares o pleno direito de acessar e ratificar os referidos dados, considerando sua necessidade como pleno proprietário dos dados divulgados.

Tal normativa, dentre muitas outras já devidamente consolidadas nos estados estrangeiros, traz à baila a real necessidade de atualização da Carta Política Brasileira, uma vez que os dados pessoais transitam cada vez mais rápidos e sem qualquer intervenção ante a rede mundial de computadores, fazendo com que esse ativo pessoal seja considerado precioso e pleno de proteção por parte do Estado, fazendo com que inclusive, se tenha uma melhor relação global, leia-se, relações comerciais e econômicas com outras nações que já realizam tal proteção de forma constitucional.

Países da América Latina como o Chile, já entenderam a necessidade de tal proteção e corroborando com a viabilidade já vislumbrada por países de primeiro mundo, em junho de 2018, constitucionalizou a proteção de dados pessoais, garantindo aos seus cidadãos o caráter de garantia plena das liberdades democráticas e dos direitos individuais.

Nesse viés, o Estado Democrático Brasileiro deve se espelhar para trazer aos seus cidadãos maiores garantias quanto a proteção dos seus dados pessoais, não se admitindo mais se pensar na proteção dos dados pessoais como sendo a proteção à privacidade vista pelos olhares da década de 40, quando pensada para proteger a vida privada em um viés de não intervenção estatal, haja vista que conforme muito bem justificado quando da proposta de emenda à Constituição como bem apontado em seu texto “o avanço da tecnologia se mal utilizada ou se utilizada sem um filtro prévio moral e ético, pode causar prejuízos incomensuráveis aos cidadãos e à própria sociedade, dando margem, inclusive, à concentração de mercados.”

Para fins conceituais, Ferrajoli¹² propõe uma definição para direitos fundamentais afirmando que:

(...) são todos aqueles direitos subjetivos que dizem respeito universalmente a todos os seres humanos enquanto dotados do status de pessoa, ou de cidadão ou de pessoa capaz de agir. Compreendendo por direito subjetivo qualquer expectativa positiva (a prestação) ou negativa (a não lesão) vinculada a um sujeito por uma norma, e por uma norma jurídica positiva qual pressuposto da sua idoneidade a ser titular de situações jurídicas e/ou autor dos atos que estão em exercício.

Nesse diapasão e entendo a essência dos direitos fundamentais, tramita no Congresso Nacional desde julho de 2019, a Proposta de Emenda à Constituição – PEC nº 017/2019¹³ que altera a Constituição Federal para incluir a proteção de

11 Disponível em https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf

12 FERRAJOLI, Luigi. Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado. 2011, p. 9.

13 Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2210757>

dados pessoais entre os direitos e garantias fundamentais e para fixar a competência privativa da União para legislar sobre proteção e tratamento de dados pessoais.

Importante avanço foi efetivado no dia 10 de dezembro de 2020 quando a Comissão Especial sobre Dados Pessoais aprovou a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) 17/19, que que insere a proteção de dados, incluindo os digitalizados, na lista de garantias individuais da Constituição. Assim, a proposta segue agora para o Plenário, onde precisa ser votada em dois turnos.

Para melhor entendimento da necessidade de tal discussão, um direito fundamental é sempre um direito de matriz constitucional, mas importante pontuar que não se trata de um mero direito constitucional, situando-se em um conjunto, maior ou menor, de princípios e regras que asseguram a estes direitos um status, representado por um regime jurídico diferenciado.

Constitucionalizar a proteção de dados é dar voz à importância quanto à temática, que vem crescendo desde o Marco Civil da Internet com a Lei nº 12.965/2014, consubstanciada pela LGPD, classificando esse direito como fundamental. Tal entendimento, faz com que o Estado, a sociedade, o cidadão, possam ter direito, como regra geral, ao conhecimento do outro desde que haja realmente necessidade e que de forma diversa, há sim a obrigatoriedade de preservação da intimidade e consequentemente à privacidade dos dados pessoais, que diverge da proteção à privacidade estabelecida no inciso X, do art. 5º da Constituição Federal de 1988.

Importante julgado ocorreu em maio de 2020, no Plenário do Supremo Tribunal de Federal¹⁴ que suspendeu a eficácia da Medida Provisória (MP) 954/2020, que previa o compartilhamento de dados de usuários de telecomunicações com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) para a produção de estatística oficial durante a pandemia do novo coronavírus.

Por maioria de votos, foram referendadas medidas cautelares deferidas pela ministra Rosa Weber em cinco Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) para firmar o entendimento de que o compartilhamento previsto na MP viola o direito constitucional à intimidade, à vida privada e ao sigilo de dados.

Em uma decisão histórica e emblemática para os estudos de proteção de dados, a Corte Máxima Brasileira ratificou a necessidade de conhecimento da matéria de forma séria e com mais substancialidade com base na autodeterminação informativa, sem que até o momento, esta, figure no campo de direitos fundamentais de forma positivada.

Segundo a ministra Rosa Weber, em sua brilhante manifestação, destacou que:

“embora não se possa subestimar a gravidade da crise sanitária nem a necessidade de formulação de políticas públicas que demandam dados específicos para seu enfrentamento, não se pode legitimar, no combate a pandemia, o atropelo de garantias fundamentais consagradas na Constituição”.

A atual Carta Política Brasileira, como já pontuado, protege a privacidade, a intimidade e a imagem e a Lei Ordinária de Proteção de Proteção de Dados é mais abrangente quanto a essa proteção, vislumbrando o amparo dos dados pessoais

14 Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=442902>

em diversas outras hipóteses, observando as transformações da sociedade da informação que se encontra diante de uma pulverização sem precedentes de propagação de dados pessoais sem que haja uma proteção atualizada e específica no referido campo.

A proposta de emenda é a de cobrir uma lacuna ainda existente no ordenamento pátrio, conferindo à proteção de dados um amparo mais abrangente e significativo.

Cediço salientar que a proteção de dados traz em seu bojo a proteção à privacidade, intimamente relacionada ao princípio da dignidade da pessoa humana, não podendo se permitir dentro de uma democracia e de uma sociedade que possui uma Constituição Cidadã que este instituto sofra qualquer mitigação.

Importante ensinamento nos traz Boff e outros¹⁵ quando afirma que a privacidade encontra reconhecimento como direito humano e, portanto, como direito fundamental.

Esta afirmativa mostra o quanto a privacidade e, consequentemente, a proteção dos dados pessoais possui relação direta e substancial com a dignidade humana, o que sem sobra de dúvidas, merece proteção constitucional como direito fundamental, considerando estar neste rol os direitos com maior significação para a concretude de direitos básicos do ser humano.

Tal entendimento é corroborado com a brilhante manifestação de Rodotá, Stefano¹⁶ ao ratificar o entendimento de que a proteção de dados pode ser vista como a soma de um conjunto de direitos que configuram a cidadania do novo milênio. E o autor complementa o pensamento afirmando que a proteção de dados não é apenas um direito fundamental, mas o mais significativo direito da humanidade na contemporaneidade.

A proteção dos dados pessoais se faz cada dia mais necessária, mas não simplesmente pautada em leis esparsas e, sim, consubstanciada na Lei Maior Brasileira para assegurar aos titulares dos dados, ou seja, a todos os brasileiros, a proteção de um bem jurídico cada vez mais valorizado e cobiçado na sociedade do novo milênio.

Por fim e não menos importante de se ratificar, não mais se fala em transações internacionais, seja para fins comerciais, turísticos ou para quaisquer outros fins em caráter global, sem que se observe a imprescindibilidade da realização da proteção de dados de seus titulares, ou seja, os países de um modo geral estão diante da obrigatoriedade imposta pelo mundo em realizar tratamento de dados, haja vista a real necessidade e cada vez mais enfática de se visualizar os dados pessoais com um dos mais valiosos ativos da atualidade.

3. Conclusão

É cediço salientar a importância do estudo da matéria e a tentativa de se delinear norteadores para melhor compreensão da temática no âmbito acadêmico brasileiro

15 BOFF, Salete Oro; FORTES, Vinícius Borges; FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra. *Proteção de Dados e Privacidade: Do Direito às novas tecnologias na sociedade da informação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

16 RODOTÁ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*. Rio de Janeiro: Renovar, 2018

para que se tenha uma proteção efetiva sem que se leve para um viés de letra morta e pontualmente operativa para o judiciário brasileiro.

O presente estudo teve por diretriz, a busca da importância da proteção de dados alçando-a ao status de direito fundamental no ordenamento pátrio, em especial considerando a evolução da sociedade da informação, observando que não mais pode se falar exclusivamente em direito a privacidade, sem que se vá além e se entenda que o sistema protetivo de dados pessoais é necessário diante do avanço da tecnologia de maneira global.

O sistema normativo que não se adequar a essa nova realidade global, está fadado a uma menor participação diante da comunidade internacional que já se apresenta bastante enfática na positivação da matéria diante do seu ordenamento máximo.

Assim, não há mais que se falar em simples proteção aos dados pessoais, como mera extensão da privacidade, sendo muito maior e com um viés mais amplo e de dimensões globais para o sistema protetivo da pessoa humana.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais: teoria & direito público. São Paulo: Malheiros Editores, 2017.

BIONI, Bruno Ricardo. Proteção de Dados Pessoais: a função e os limites do consentimento. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

BOFF, Salete Oro; FORTES, Vinícius Borges; FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra. Proteção de Dados e Privacidade: Do Direito às novas tecnologias na sociedade da informação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 29 de setembro de 2020.

BRASIL. Anteprojeto de Lei para a Proteção de Dados Pessoais. Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/news/mj-apresenta-nova-versao-do-anteprojeto-de-lei-de-protecao-de-dados-pessoais/apl.pdf>> Acesso em 28 de setembro de 2020.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de Código Civil. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm> Acesso em 30 de setembro de 2020.

BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm> Acesso em 30 de setembro de 2020.

CÂMARA LEGISLATIVA: PL 17/2019. Disponível em <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2210757>> Acesso em 30 de setembro de 2020.

DONEDA, Danilo. Da privacidade à proteção de dados pessoais. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

FERREIRA, Rafael Freire. Autodeterminação informativa e a privacidade na sociedade da informação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

GENERAL DATA PROTECTION REGULATION. Disponível em <<https://gdpr-rep.eu/>> Acesso em 29 de setembro de 2020.

JORNAL OFICIAL DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Disponível em <https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf> Acesso em 29 de setembro de 2020.

MIGALHAS.COM. Proteção de dados pessoais deverá entrar na Constituição como direito fundamental. Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI305569,101048-Protecao+de+dados+pessoais+devera+entrar+na+Constituicao+como+direito>> Acesso em 27 de setembro de 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declara%C3%A7%C3%A3o-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>>. Acesso em 30 de setembro de 2020.

PUC RS. O direito fundamental à proteção de dados pessoais: as transformações da privacidade na sociedade de vigilância e a decorrente necessidade de regulação. Disponível em <<http://repositorio.pucrs.br/dspace/handle/10923/2488>> Acesso em 30 de setembro de 2020.

RODOTÀ, S. A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje. Rio de Janeiro: Renovar, 2018.

SARLET, I.W. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

Ensino jurídico e o impacto das novas tecnologias

Legal education and the impact of new technologies

Andrea Boari Caraciola¹

Sumário: 1. Situação atual do ensino jurídico no Brasil; 2. Os objetivos a serem trilhados pelos cursos jurídicos na tentativa de promover a adequação do ensino jurídico à realidade; 3. Desafios do ensino jurídico na era das novas tecnologias; 4. Considerações finais; Referências bibliográficas.

Resumo: Para divisar o futuro do Direito no Brasil, é fundamental o diagnóstico de seus problemas atuais, sendo, o ensino jurídico um deles. Impõe-se, como premissa fundamental, a compreensão do Direito não como ensino, e sim como educação jurídica. O presente artigo se propõe a promover uma breve reflexão sobre o futuro da educação jurídica e das profissões jurídicas, notadamente levando em conta os impactos das novas tecnologias e da inteligência artificial. Para tanto, utiliza-se uma metodologia narrativa e descritiva, a partir da análise da crise do ensino jurídico do Brasil, seus objetivos, até chegar nos novos desafios impostos pelos tempos atuais, marcado pelas novas tecnologias e inteligência artificial, que passam a requerer do operador do Direito novas habilidades e uma formação jurídica interdisciplinar. Neste novo modelo de educação jurídica se faz necessário a superação de velhos paradigmas que nos levam a uma educação estanque. Há de prevalecer, na contemporaneidade, a ideia do pluralismo jurídico, decodificado a partir do diálogo entre os diversos ramos do direito, principalmente no que atina a teoria e a prática jurídica, tendo em vista a construção de um saber adstrito à realidade social, que não pode, em hipótese alguma ignorar os desafios de uma era permeada pela ultraconectividade e por inovações tecnológicas, que passam por algoritmos e inteligência artificial.

Palavras-chave: Ensino jurídico; novas tecnologias; futuro; inteligência artificial.

Abstract: In order to see the future of law in Brazil, it is essential to diagnose its current problems, one of which is legal education. As a fundamental premise, understanding Law is not required as teaching, but as legal education. This article aims to promote a brief reflection on the future of legal education and the legal professions, notably taking into account the impacts of new technologies and artificial intelligence. For this, a narrative and descriptive methodology is used, from the analysis of the crisis of legal education in Brazil, its objectives, until reaching the new challenges imposed by the current times, marked by the new technologies and artificial intelligence, which start to require the new skills and interdisciplinary legal training. In this new model of legal education, it is necessary to overcome old paradigms that lead us to a closed education. In contemporary times, the idea of legal pluralism must prevail, decoded from the dialogue between the different branches of law, mainly with regard to legal theory and practice, with a view to building knowledge attached to social reality, which it cannot, under any circumstances, ignore the challenges of an era permeated by ultraconnectivity and technological innovations, which go through algorithms and artificial intelligence.

Keywords: Legal education; new technologies; future; artificial intelligence.

¹Pós-Doutora em Direito Processual Civil – Ciências Jurídico-Civis pela Universidade de Lisboa, Pós-Doutora em Democracia e Direitos Humanos pelo Centro de Direitos Humanos – IGC da Faculdade de Direito de Coimbra, Doutora em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Mestre em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professora adjunta de Direito Processual Civil da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Líder do grupo de pesquisa (CAPES – CNPQ) “Fundamentos do Processo Civil Contemporâneo”. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP), do Centro de Estudos Avançados de Processo (CEAPRO) e do IBEROJUR - Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos. Advogada em São Paulo. Endereço eletrônico: caraciola@me.com

1. Situação atual do ensino jurídico no Brasil

Vivenciamos, no Brasil, ao longo da história da educação, principalmente na última década, a proliferação das instituições de ensino superior, sob aval do Ministério da Educação, fenômeno este que, inevitavelmente gerou a denominada, democratização do acesso ao Ensino Superior, de sorte a permitir a atuação da iniciativa privada em seara na qual o Estado mostrou-se insuficiente para atender as demandas sociais. Não obstante a facilitação do ingresso no ensino superior, o mesmo restou transformado em um verdadeiro nicho mercadológico aberto à disputa desenfreada pelo lucro, independentemente da qualidade do ensino difundida neste ambiente, o que reflete na formação dos educandos que, ao fim e ao cabo, constituem as verdadeiras vítimas desta realidade.

O sucateamento do ensino jurídico no Brasil se transformou numa das principais preocupações dos sujeitos envolvidos direta ou indiretamente com o processo ensino-aprendizagem da ciência do Direito. É que, em sua grande maioria, as Faculdades de Direito não se propõem a atender aos desafios da sociedade científica e do processo de reflexão jurídica, social e política proposto pela Constituição Federal de 1988, de sorte a reproduzirem um total descompromisso com a qualidade da formação do profissional. Não se há olvidar que o país convive, há mais de três décadas, com a chamada crise do ensino superior, sendo patente que a área do Direito tem sido uma das mais castigadas pelo rebaixamento do nível educacional.

Interessante destacar que o ensino jurídico, notadamente no Brasil, encontra-se, neste estágio de sua evolução científica, submetido a pelo menos três crises, de naturezas distintas, mas que se interseccionam, quais sejam: científico-ideológica, político-institucional e metodológica, crises estas que, porque não estanques, interagem entre si e fragilizam a qualidade dos cursos de Direito.^{2 3}

De fácil constatação que o ensino jurídico, na atualidade, acaba sendo concebido a partir da mera transmissão do dogmatismo exegético, do legalismo positivista, sem que se possa decodificar no processo ensino-aprendizagem qualquer apelo à construção de um conhecimento significativo, já que é realizado e operacionalizado de forma dissociada das raízes sociais, culturais, filosóficas e históricas a que o Direito está adstrito.⁴

Não se há olvidar, no entanto, que o ensino jurídico não pode ficar circunscrito a memorização de normas jurídicas, tampouco postar-se à distância dos fatos sociais e avanços científicos e tecnológicos que ocorrem na sociedade como um todo, devendo acompanhar as mutações e os fenômenos sociais que, a cada dia impõem, principalmente ao estudioso do Direito, novos desafios.

Não obstante as (r)evoluções sociais, ainda mais acentuadas neste século,

2 GOMES, Lúcio Flávio. A crise (tríplice) do ensino jurídico. Revista Jurídica Unigran. v. 4, n. 8, p. 21-24, jul./dez., Dourados. 2002. Disponível em: < www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/29134-29152-1-PB.pdf>. Acesso em: 24/01/2021.

3 AGUIAR, Roberto A.R. de. A crise da advocacia no Brasil: diagnósticos e perspectivas. São Paulo: Alfa-ômega, 1991.

4 SOUZA, João Paulo de; MOTA, Tânia. O lugar da ciência do direito, do ensino jurídico e do processo de produção hermenêutico. In: CAPELLARI, Eduardo; PRANDO, Felipe Cardoso de Mello (Orgs.). Ensino jurídico: Leituras interdisciplinares. São Paulo: Cultura Paulista, 2001, p. 94-95.

obsoleto se nos afigura o ensino jurídico, como posto em nosso sistema educacional, quer no que diz respeito à sua forma, conteúdo, objetivos traçados pelas instituições de ensino superior, prática docente e metodologia de ensino, como se o ensino jurídico permanecesse indiferente à essa mesma realidade.

Mister salientar que «A própria compreensão atual do ensino jurídico como um aprendizado apenas do direito positivo, justifica facilmente a utilização de um método tradicionalista na relação ensino-aprendizagem, negando qualquer troca ou interação com o meio social. Assim sendo, a relação de ensino-aprendizagem na maioria dos cursos jurídicos está caracterizada simplesmente como um processo de dar e tomar a lição, onde o professor se limita a transmitir ou reproduzir o conteúdo da disciplina através da adoção de um livro-texto ou do manuscrito de um código, e os alunos a fazerem a respectiva incorporação mental do conteúdo transmitido, para posteriormente reproduzi-lo em épocas de provas».⁵

O resultado desse quadro é numericamente retratado no cenário dos cursos jurídicos implantados no Brasil. Para o ano de 2020, segundo dados fornecidos pelo Ministério da Educação, são 1.755 (mil setecentos e cinquenta e cinco) cursos de Direito, o que faz do Brasil o país com o maior número de cursos de Direito do mundo, ainda que consideradas as dimensões continentais do país, quantidade esta que releva não estar adstrita à excelência e qualidade que se espera de um curso de Direito, essenciais que são à capacitação do profissional a ser lançado em um mercado de trabalho, cada dia mais concorrido e competitivo, e que terá de responder as necessidades de um jurisdicionado, que espera pela democratização, melhoria e agilização no acesso à Justiça e entrega da prestação jurisdicional.

Inevitável reconhecer que o ensino jurídico passa por uma grave crise, constatação esta que nos leva a refletir sobre o processo de formação e, simultaneamente, de deformação dos cursos de Direito. Sérios os prejuízos daí decorrentes ao futuro profissional do Direito, principalmente no que toca à sua atuação social, porque profissional sem a necessária qualificação, como também, à qualidade da tutela jurisdicional, de sorte a reforçar a crise de Justiça que permeia o cenário jurídico atual.

Não se há olvidar, porque corroborado em dados estatísticos, que os exames de ordem para ingresso na advocacia revelam uma fragilidade e uma deficiência sem precedentes do ensino jurídico no Brasil, dados estes que apontam para a necessidade de serem repensados a missão e os objetivos dos cursos jurídicos, bem como as diretrizes curriculares implementadas, o processo ensino-aprendizagem em sua essência e o correspondente processo de avaliação.⁶

2. Os objetivos a sem trilhados pelos cursos jurídicos na tentativa de

5 SOUZA, João Paulo de; MOTA, Tânia. O lugar da ciência do direito, do ensino jurídico e do processo de produção hermenêutico. In: CAPELLARI, Eduardo; PRANDO, Felipe Cardoso de Mello (Orgs.). Ensino jurídico: Leituras interdisciplinares. São Paulo: Cultura Paulista, 2001, p. 94-95.

6 O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, juntamente com a Fundação Getúlio Vargas (FGV), apresenta um panorama do desempenho dos candidatos do Exame de Ordem desde 2010, ano em que passou a ser feito pela FGV Projetos. A publicação traça um perfil do ensino superior de Direito e do mercado profissional dos advogados no Brasil. Conferir: Exame de Ordem em números, vol II, outubro de 2014. www.oab.org.br/arquivos/exame-de-ordem-em-numeros-II.pdf. Acesso em 01/01/2020.

promover a adequação do ensino jurídico à realidade

Os cursos jurídicos no Brasil possuem, de modo geral e, em sua quase totalidade, uma matriz curricular arcaica, tradicional-ortodoxa, voltada, muito mais, ao exercício prático do que à formação holística, com metodologias de ensino arcaicas e desestimulantes baseadas em aulas formais e expositivas, aulas estas que não mais se adequam às inovações tecnológicas e à melhor forma de ensinar as novas gerações, notadamente a geração alpha, para as quais o mundo analógico é verdadeiramente um passado distante e a tecnologia se constitui em uma extensão de sua forma de conhecer o mundo.⁷

O conhecimento jurídico produzido nas Universidades e Faculdades de Direito, em regra, acaba sendo um produto do distanciamento da percepção comum dos indivíduos, caracterizado, ademais, pela ruptura com a realidade prática e conflitos sociais que permeiam uma sociedade que, no limiar de um novo século, apresenta à solução, pelo operador do Direito, conflitos sociais representativos de uma nova era, marcada pelo nascimento de novos direitos e pela ruptura com modelos jurídicos pré-estabelecidos.

Na medida em que o conhecimento se especializa pela fragmentação disciplinar, distancia-se, também, da vida e prática quotidianas, de modo que os alunos acabam por não se reconhecer face ao modelo de ensino jurídico vigente, descontextualizado, dogmático, estanque e capsular.

É preciso revisitar este estado de coisas tais como se colocam, regra geral, no cenário do ensino do Direito, notadamente no Brasil nos dias atuais. Não se há descuidar, na formação jurídica e, conseqüentemente, na implementação dos objetivos a serem perseguidos pelos cursos de Direito, da busca pelo espírito inovador, criativo e empreendedor, tendo em vista um permanente diálogo crítico com a realidade social e, mais, em tempos atuais, necessário se faz revisitar as disciplinas e conteúdos ministrados à luz dos avanços e impactos tecnológicos e da inteligência artificial⁸, debate este de absoluta relevância em tempos atuais, em que se vivencia a substituição dos operadores do direito por máquinas e robôs na realização de tarefas repetitivas e, mais, em que se discute a prática de atos processuais, inclusive a prolação de sentenças, por máquinas (machine learning).

Edificar e ofertar um curso objetivando a permanente busca pelo aprimoramento do espírito crítico, desenvolvimento da aprendizagem com excelência, formação integral do futuro profissional e, principalmente, como cidadão pautado pela ética e pelos valores sociais do trabalho, da Justiça, da verdade, da eficiência e do respeito ao próximo, são objetivos que devem permear a formação jurídica, ao lado do domínio de novas ferramentas tecnológicas, objetivando a formação de profissionais capazes de exercer com competência a liderança de grupos sociais, com inteligência autônoma

7 MORAN, José M. Novos desafios na educação – a Internet na educação presencial e virtual. In: PORTO, Tania M. E. (Org.). Saberes e linguagens de educação e comunicação. Pelotas: Editora e Gráfica da Universidade Federal de Pelotas, 2001. p.19-44. Disponível on line: http://www.eca.usp.br/prof/moran/site/textos/tecnologias_eduacao/novos.pdf. Acesso em 25/01/2021.

8 SPERANDIO, Henrique Raimundo do Carmo. Desafios da inteligência artificial para a profissão jurídica. <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/23977>. Acesso em 02/01/2020.

e habilidades que lhes permitam buscar soluções éticas, criativas e democráticas na solução das lides judiciais e conflitos extrajudiciais.

Para além da transformação individual, o desafio central está na estruturação de um ensino jurídico que articule as diversas dimensões da formação, seja capaz de colocar a lei em conexão com a realidade social e que capacite os futuros profissionais e pesquisadores do Direito a operar o sistema jurídico como um instrumento de transformação, e não de manutenção da realidade social.⁹

3. Desafios do ensino jurídico na era das novas tecnologias

Os objetivos dos cursos jurídicos devem estar adstritos à uma sólida formação humanística e às habilidades técnico-jurídica, sócio-política e prática, com ênfase, ainda, à pesquisa e extensão, elementos, todos eles, indispensáveis à adequada compreensão interdisciplinar do fenómeno jurídico e das transformações sociais, para o exercício da cidadania e das diversas profissões na área do Direito, tendo em vista a necessária adequação do ensino jurídico à realidade.¹⁰

Assim, assegurar a formação humanística do bacharel em Direito, proporcionando-lhe conhecimentos propedêuticos que lhe permitam identificar as instituições jurídicas básicas e perceber seu papel ativo no processo transformador da sociedade, é missão inerente aos cursos de Direito, como também, propiciar formação técnico-jurídica, permitindo a aquisição de conhecimentos teóricos, leitura crítico-reflexiva dos instrumentos normativos, como também o desenvolvimento de hermenêutica científica, adstrita aos problemas sociais.

Não se há esquecer, ainda, que os cursos de Direito devem atender à dimensão prática das carreiras jurídicas, ensinando e estimulando o académico a pensar juridicamente, mediante treinamento laboratorial de vivências judiciais e extrajudiciais. É que o século XXI despontou como a era do conhecimento, exigindo, além de um pensar humanístico, formação especializada e visão multidisciplinar do futuro profissional a ser lançado no mercado de trabalho, profissional este empreendedor e que, ademais, esteja apto a buscar e construir soluções rápidas, criativas, úteis e efetivas aos problemas e conflitos que lhe forem submetidos. Assim, os objetivos, propostas e matrizes curriculares dos cursos de Direito devem ser desenhados a partir das necessidades sociais, tendo em vista a construção de uma aprendizagem significativa.

Não obstante o tríplice desafio curricular – teórico, prático e de formação humanística – impõe-se considerar, na atualidade globalizada, interligada e conectada em que estarmos inseridos, o impacto das novas tecnologias no Direito, fenómeno este a impor desafios à educação jurídica.

Mister destacar que o uso cada vez mais frequente e constante das tecnologias impacta sobremaneira as relações sociais, como de resto também o modo como nos relacionamos. Nessa perspectiva, inegáveis os reflexos daí decorrentes no âmbito

9 MACHADO, Antônio Alberto. Ensino jurídico e mudança social. São Paulo: Atlas, 2012, p. 177.

10 ADORNO, Sérgio. Os aprendizes do poder – o bacharelismo liberal na política brasileira. São Paulo: Paz e Terra, 1988.

jurídico, inclusive no que toca à litigiosidade e mecanismos de solução de conflitos, de modo que imperativo se revela às instituições de ensino se adequarem e se prepararem para tal realidade. Os futuros profissionais da área de Direito devem estar conectados às novas demandas do mundo do trabalho.

Em um exercício de previsão do futuro da profissão jurídica, à luz das transformações observadas recentemente no Direito, Susskind aponta novos paradigmas para a formação jurídica: (i) engenheiros de conhecimento jurídico; (ii) os especialistas em tecnologia; (iii) juristas híbridos, dotados de habilidades diferenciadas de advogados, como consultores estratégicos ou até mesmo psicólogos; (iv) analistas de processos jurídicos; (v) gerentes de projetos jurídicos; (vi) advogados especializados em resolução de disputas online; (vii) consultores em administração jurídica; e (viii) gestores de risco jurídico, especializados em prevenção de conflitos.¹¹

Importante observar que a tecnologia afeta diretamente a forma como os profissionais da área jurídica exercem suas funções, quer no âmbito judicial quanto no âmbito extrajudicial, de modo que os tribunais, escritórios e organizações, ao fazerem uso dessas novas tecnologias, passam a exigir que os profissionais se adaptem e desenvolvam novas competências até então não exigidas, como o domínio dos ambientes virtuais, processos digitais, algoritmos, a reconstituição de fatos por meio de realidade virtual, a jurimetria, a automatização do acompanhamento processual, o suporte na elaboração de peças, as audiências por meio de videoconferência, entre outras questões que agora ocupam posição de destaque no saber-fazer jurídico. Fundamental, nesse contexto, que o ensino jurídico esteja preparado para este desafio. Fundamental que as matrizes curriculares estejam adstritas a este desafio, que nos impõe seja revisitado o modelo central do ensino jurídico, que lida com o conhecimento como um produto a ser adquirido, produto este classificado, hierarquizado, encapsulado sob a forma de disciplinas estanques, onde teoria e prática dificilmente interagem entre si, desprezando a visão panorâmica e horizontal do conhecimento jurídico. É preciso superar e transcender a esse paradigma!

4. Considerações finais

Por meio de uma nova educação jurídica – reitere-se a seleção lexical “educação”, em substituição ao vocábulo “ensino” –, objetiva-se construir uma nova cultura jurídica, fundamento para uma (re)definição da inserção social dos bacharéis em Direito e para a interação, em mão dupla, entre a teoria e a prática jurídicas, com vistas à produção de uma educação apta aos desafios do século XXI: formação e desenvolvimento de uma cultura crítica, compromissada com as lutas institucionais para aperfeiçoamento da democracia, considerados e incluídos os desafios da atual era tecnológica.

Há de prevalecer, na contemporaneidade, a ideia do pluralismo jurídico, decodificado a partir do diálogo entre os diversos ramos do direito, principalmente no que atina a teoria e a prática jurídica, tendo em vista a construção de um saber

¹¹ SUSSKIND, R. *The Future of Law: Facing the Challenges of Information Technology*. New York: Oxford University Press, 1996, p.110.

adstrito à realidade social, que não pode, em hipótese alguma ignorar os desafios de uma era permeada pela ultraconectividade e por inovações tecnológicas, que passam por algoritmos e inteligência artificial.

O ensino jurídico descontextualizado da realidade não cria o hábito da indagação, é estanque, reduzido, quase sempre, a letra fria da lei, de forma a não possibilitar, sequer, formular como jurídicas, questões relevantes da vida política e social do país. O modelo central do ensino jurídico, hoje vigente em nossa sociedade, tem como fundamento um sistema de aprendizagem que reproduz informações e relações estereotipadas, que não propiciam interpretações e construções alternativas do conhecimento. É fundamental a adoção de uma nova metodologia de ensino, com foco no desenvolvimento de habilidades e competências, que promova, a interação entre os vários ramos da ciência e um olhar holístico do estudante.

A interdisciplinaridade constitui, acima de tudo, uma técnica adotada no processo ensino-aprendizagem, a permitir que a crítica e a transformação sejam vivenciadas em um espaço concreto, permeado por inúmeras possibilidades, a propiciar o engajamento e a qualidade do compromisso para a transformação do ensino jurídico com vistas à transformação social.

5. Referências bibliográficas

ADORNO, Sérgio. Os aprendizes do poder – o bacharelismo liberal na política brasileira. São Paulo: Paz e Terra, 1988.

AGUIAR, Roberto A.R. de. A crise da advocacia no Brasil: diagnósticos e perspectivas. São Paulo: Alfa-ômega, 1991.

Exame de Ordem em números, vol II, outubro de 2014. www.oab.org.br/arquivos/exame-de-ordem-em-numeros-II.pdf. Acesso em 01/01/2020.

GOMES, Lúcio Flávio. A crise (tríplice) do ensino jurídico. Revista Jurídica Unigran. v. 4, n. 8, p. 21–24, jul./dez., Dourados. 2002. Disponível em: < www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/29134-29152-1-PB.pdf >. Acesso em: 24/01/2021.

MACHADO, Antônio Alberto. Ensino jurídico e mudança social. São Paulo: Atlas, 2012.

MORAN, José M. Novos desafios na educação – a Internet na educação presencial e virtual. In: PORTO, Tania M. E. (Org.). Saberes e linguagens de educação e comunicação. Pelotas: Editora e Gráfica da Universidade Federal de Pelotas, 2001. p.19-44. Disponível on line: http://www.eca.usp.br/prof/moran/site/textos/tecnologias_eduacao/novos.pdf. Acesso em 25/01/2021.

SOUZA, João Paulo de; MOTA, Tânia. O lugar da ciência do direito, do ensino jurídico e do processo de produção hermenêutico. In: CAPELLARI, Eduardo; PRANDO, Felipe Cardoso de Mello (Orgs.). Ensino jurídico: Leituras interdisciplinares. São Paulo: Cultura Paulista, 2001.

SPERANDIO, Henrique Raimundo do Carmo. Desafios da inteligência artificial para a

profissão jurídica. <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/23977>. Acesso em 02/01/2020.

SUSSKIND, R. *The Future of Law: Facing the Challenges of Information Technology*. New York: Oxford University Press, 1996.

Acórdão 493/17 do Tribunal de Justiça da União Europeia e Vinculação dos Tribunais Nacionais em Caso de Reenvio Prejudicial

Judgment 493/17 by the European Court of Justice and binding of National Courts in case of Preliminary Ruling

Rômulo Pinto de Lacerda Santana¹

Sumário: 1. Competências do Tribunal de Justiça e do Banco Central da União Europeia; 2. Do Reenvio Prejudicial em face do PSPP e da Decisão do Tribunal Alemão; 3. Da Correção Acerca da Decisão do TJUE; 4. Das Possibilidades de Atuação dos Órgãos Judiciais; 5. Conclusões.

Resumo: Como foco principal do estudo, buscou-se a análise objetiva e criteriosa acerca do imbróglio judicial formado pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão, ao negar aplicabilidade ao Acórdão 493/17, proferido pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, acerca da correção das decisões proferidas pelo Banco Central Europeu em sede do programa denominado PSPP, que tinha como objetivo a compra de obrigações soberanas em mercados secundários para retomar uma taxa de inflação inferior mas próxima de 2%. Através da breve síntese sobre os argumentos trazidos em ambas as decisões, bem como diante da natureza jurídica dos objetivos trazidos por dito programa, conclui-se que o Tribunal Alemão atuou de forma ilegal e em desrespeito aos princípios da segurança jurídica, da unidade, da supremacia e do efeito direto, ao negar cumprimento a uma decisão proferida em sede de Reenvio Prejudicial por parte do TJUE. Igualmente tendo como objetivo evitar a proliferação de desrespeito à unidade do ordenamento jurídico comunitário, que deve ser aplicado de acordo com as previsões trazidas nos Tratados e nas normas secundárias, o que se inclui a atuação dos órgãos judiciais da União Europeia, evidencia-se a importância de, não apenas politicamente, mas academicamente, rechaçar a possibilidade de aplicação de entendimentos que firam frontalmente o Direito comunitário, sempre prezando peça segurança e unidade jurídica.

Palavras-chave: Reenvio Prejudicial; Vinculação; Segurança Jurídica.

Abstract: As the main focus of the study, we sought an objective and judicious analysis about the judicial imbroglio formed by the German Federal Constitutional Court, by denying applicability to Judgment 493/17, issued by the European Court of Justice, regarding the correction of the decisions rendered by the European Central Bank under the program called PSPP, which aimed to purchase sovereign bonds in secondary markets in order to resume an inflation rate lower but close to 2%. Through the brief synthesis about the arguments brought in both decisions, as well as in view of the legal nature of the objectives brought by that program, it is concluded that the German Court acted illegally and in disrespect to the principles of legal security, unity, supremacy and direct effect, by denying compliance with a decision handed down by the CJEU. Also with the objective of avoiding the proliferation of disrespect to the unity of the community legal order, which must be applied in accordance with the provisions set out in the Treaties and in the secondary rules, which includes the actions of the European Union's judicial organs, it is evident the importance of, not only politically, but academically, rejecting the possibility of applying understandings that hurt community law, always valuing security and legal unity.

Keywords: Preliminary Ruling; Binding; Legal Certainty.

¹ Mestrando em Ciências Jurídico-Económicas da Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Especialista em Direito Tributário e Processo Tributário pela Escola Superior da Advocacia, da OAB/PB. Advogado. Membro da Área Científica de Direito Tributário e Financeiro do Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos. Diretor Técnico da Fundação Sol Nascente. E-mail: romulopsantana@gmail.com.

1. Competências do Tribunal de Justiça e do Banco Central da União Europeia

Dentre os órgãos institucionais comunitários da União Europeia, para o presente estudo o foco se encontrará no Tribunal de Justiça, órgão jurisdicional (TJUE), e no Banco Central Europeu (BCE), órgão que conduz a política monetária da União Europeia (EU).

Em relação ao TJUE, este tem como missão, em síntese, assegurar o respeito do direito na interpretação e aplicação dos Tratados que instituem a UE, bem como das normas jurídicas adotadas pelas instituições comunitárias competentes. Enquanto competência, tem como função fiscalizar a legalidade dos atos produzidos pelos órgãos da UE, assegurar o respeito às obrigações decorrentes dos Tratados constitutivos da União e interpretar o direito da UE a pedido dos juízes nacionais (conforme disposto nos artigos 251 a 281 do Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE)).

Dentre os tipos de ações e procedimentos que o TJUE tem precipuamente a competência de julgar, o escopo deste trabalho se centra na figura do Reenvio Prejudicial, tendo em vista que os Tribunais Nacionais não possuem jurisdição para pronunciar a invalidade dos atos das instituições comunitárias.

Dito de outra forma, conforme já pronunciado no Acórdão do Processo 314/85, de 22/10/87, caso um juiz nacional depare-se com uma questão acerca de um ato de uma instituição da União, ele pode resolver ele próprio caso sua decisão seja pela validade. Por outro lado, caso veja a possibilidade de invalidade do ato, deve sujeitar à apreciação do Tribunal de Justiça, obrigatoriamente, a questão posta em debate.

Assim, submetida a questão originariamente do Tribunal Nacional para o TJUE, este decidirá através de Acórdão ou Despacho fundamentado, decisão esta que tem aplicação vinculante, ou seja, deve ser aplicada e submetida não somente ao juízo que solicitou o pronunciamento, mas também os outros órgãos jurisdicionais nacionais a que seja submetido problema idêntico.

Desta forma, há ampla aceitação do entendimento jurisprudencial acerca dos princípios do efeito direto e da supremacia, os quais, embora não escritos na ordem comunitária, possuem franca aceitação como interpretação dada pelo Tribunal de Justiça da União Europeia.

Em outro norte, o BCE e os bancos centrais dos Estados-Membros cuja moeda é o euro constituem o Sistema Europeu de Bancos Centrais (SEBC), os quais conduzem a política monetária da União cujo objetivo principal é, segundo os Tratados da União, a manutenção da estabilidade dos preços. A partir de 2003, o SEBC concretizou este objetivo mediante a manutenção, a médio prazo, de taxas de inflação inferiores mas próximas de 2%.

Todavia, tendo em conta vários fatores que aumentavam incontestavelmente o risco de descida dos preços a médio prazo, no contexto de uma crise económica que implicava um risco de deflação, o BCE adotou, em 4 de março de 2015, um programa com vista à compra de obrigações soberanas em mercados secundários, denominado de PSPP, com o objetivo de retomar uma taxa de inflação inferior mas

próxima de 2%.

Para tanto, o BCE publicizou decisão justificadora de tal procedimento, entendendo que a compra maciça de obrigações soberanas facilita o acesso aos financiamentos úteis para a expansão da atividade económica, uma vez que favorece a redução das taxas de juro reais e incentiva os bancos comerciais a conceder mais créditos. O programa PSPP visa, assim, facilitar as condições monetárias e financeiras, incluindo as das sociedades não financeiras e das famílias, com vista a apoiar o consumo agregado e as despesas de investimento na área do euro.

2. Do Reenvio Prejudicial em face do PSPP e da Decisão do Tribunal Alemão

Diante de tal decisão do BCE acerca do PSPP, foram apresentados quatro recursos de fiscalização perante o Tribunal Constitucional Federal Alemão acerca da constitucionalidade a respeito da aplicabilidade, na Alemanha, destas decisões do Banco Central Europeu (BCE), da participação do Deutsche Bundesbank (Banco Federal da Alemanha) na execução dessas decisões ou da sua alegada inércia face às referidas decisões, bem como da alegada inércia do Bundesregierung (Governo federal, Alemanha) e do Deutscher Bundestag (Parlamento Federal, Alemanha) face a essa participação e às mesmas decisões.

Tendo em vista se tratar diretamente acerca de ato do BCE, sendo o Tribunal Alemão incompetente para invalidação do programa, enviou a discussão para o TJUE, sob o fundamento de que as decisões do BCE em causa constituem, em conjunto, um ato ultra vires, na medida em que não respeitam a repartição de competências entre a União Europeia e os Estados-Membros, uma vez que não se enquadram no mandato do BCE, violam a proibição do financiamento monetário e o princípio da democracia consagrado na Grundgesetz (Lei Fundamental alemã) e põem em causa, por esta razão, a identidade constitucional alemã.

Analisando a demanda enviada, o Tribunal Europeu, através do Acórdão 493/17, concluiu basicamente que as decisões (1) não excedem o mandato do BCE, enquadra-se no domínio da política monetária para a qual a União dispõe de competência exclusiva, para os Estados-Membros cuja moeda é o euro, e respeita o princípio da proporcionalidade; e (2) não violam a proibição do financiamento monetário, que impede o SEBC de conceder qualquer tipo de crédito a um Estado-Membro, não equivale à compra de obrigações nos mercados primários e não tem por efeito eliminar o incentivo aos Estados-Membros no sentido da condução de uma política orçamental sólida.

Diante de tal decisão, todavia, o Tribunal Constitucional Federal Alemão decidiu por tomar decisão semelhante ao que havia especificado no Caso Brunner, ocasião em que a lei fundamental alemã limitou a transferência de poderes para a União ao reservar-se o direito de declarar ultra vires a inconstitucionalidade de um ato da União caso contrarie a referida lei, e que o Parlamento teria poderes para retirar as competências por ele delegadas à União, reconhecendo a possibilidade de transferência de poderes e a supremacia e efeito direto dos atos da União desde que

não contrariem a sua constituição.

Como conclusões a que chegou o Tribunal Alemão, registrem-se, em síntese, as seguintes: (1) a revisão empreendida pelo TJUE com relação a se as decisões do BCE sobre o PSPP satisfazem o princípio da proporcionalidade não é compreensível, tornando-se ultra vires; (2) não há violação da proibição de financiamento monetário dos orçamentos dos Estados-membros; e (3) o Governo Federal Alemão e o Parlamento Alemão violaram os direitos dos reclamantes ao não tomar medidas desafiando que o BCE não avaliou nem fundamentou que as medidas previstas nestas decisões satisfazem o princípio da proporcionalidade (dando prazo de 3 meses para demonstração do respeito ao princípio da proporcionalidade por parte do BCE).

Justificam-se tais fundamentos sob dois aspectos trazidos expressamente pelo Tribunal Alemão, quais sejam, que (1) “mesmo sob o Tratado de Lisboa, os Estados-Membros continuam sendo os ‘Mestres dos Tratados’ e a UE não evoluiu para um estado federal”; e (2) a abordagem do TJUE de desconsiderar os efeitos reais do PSPP em sua avaliação da proporcionalidade do programa, e de se abster de conduzir uma avaliação e apreciação global a este respeito, não satisfaz os requisitos de uma análise compreensível sobre se o SEBC e o BCE observam os limites de seu mandato de política monetária. Deste modo, concluiu o Tribunal Alemão que o princípio da proporcionalidade não pode cumprir sua função corretiva para fins de salvaguarda das competências dos Estados-Membros, o que torna inútil o princípio da atribuição.

Especificado o escopo do presente trabalho, há que se analisar acerca da correção ou não das decisões proferidas pelo TJUE e pelo Tribunal Alemão acerca do programa empreendido pelo BCE, bem como as possíveis formas de reação de ambos os órgãos jurisdicionais face à situação em exame.

3. Da Correção Acerca da Decisão do TJUE

Diante da necessidade de objetividade da consecução do fim a que se propõe, importa registrar desde já que, independentemente do mérito da decisão proferida pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, não há como o Tribunal Constitucional Federal Alemão negar aplicabilidade ao referido entendimento, diante da sistemática do reenvio prejudicial e em homenagem aos princípios da segurança jurídica, do efeito direto e da supremacia, devendo-se registrar que este tipo de conduta pode justificar a atuação de outros Tribunais Nacionais a fazerem o mesmo, em desrespeito à necessária integração jurisdicional europeia.

Tal entendimento restou explanado exatamente na curta e direta resposta do TJUE após a publicação da decisão por parte do Tribunal Alemão, esclarecendo que “acórdão proferido a título prejudicial por este Tribunal vincula o juiz nacional relativamente à solução do litígio no processo principal”, bem como que “o Tribunal de Justiça, criado para este efeito pelos Estados-Membros, tem competência exclusiva para declarar que um ato de uma instituição da União é contrário ao direito da União”.

Continuando, a nota publicizada pelo Tribunal Europeu explicita que “divergências entre os órgãos jurisdicionais dos Estados-Membros quanto à validade de tais atos seriam suscetíveis de comprometer a unidade da ordem jurídica da União

e de prejudicar a segurança jurídica”, e que “os órgãos jurisdicionais nacionais estão obrigados a garantir a plena eficácia do direito da União”, concluindo que este é o único caminho possível para “assegurar a igualdade dos Estados-Membros na União por eles criada”.

Pois bem. Além da análise do ponto de vista formal, há que se verificar ainda as questões meritorias que gravitam em torno da discussão em exame, com vistas a deixar absolutamente clara a posição do Tribunal de Justiça da União Europeia acerca do reenvio prejudicial que lhe fora apresentado e que resultou no Acórdão 493/17 em exame:

1) Medida de política monetária não pode ser equiparada a uma medida de política económica apenas porque é suscetível de produzir efeitos indiretos que podem igualmente verificar-se no âmbito da política económica;

2) O programa PSPP, pela sua própria natureza, não excede manifestamente o que é necessário para aumentar a taxa de inflação. Afigura-se, designadamente, que os outros instrumentos de que o SEBC dispunha não permitiam conter o risco de deflação. As taxas de juro diretoras estavam fixadas a um nível próximo dos limites possíveis e o SEBC já tinha implementado, desde há vários meses, um programa de compra maciça de ativos do setor privado;

3) O SEBC ponderou os diferentes interesses em presença de forma a evitar efetivamente que pudessem produzir-se, durante a execução do programa PSPP, inconvenientes manifestamente desproporcionados ao objetivo prosseguido;

4) O programa PSPP está rodeado de garantias que asseguram que um operador privado não pode ter a certeza, no momento da compra de obrigações emitidas por um Estado-Membro, que estas serão efetivamente recompradas pelo SEBC num futuro previsível;

5) Os efeitos do programa PSPP sobre o incentivo à condução de uma política orçamental sólida são limitados pela restrição do volume mensal total das aquisições de ativos do setor público, pelo carácter subsidiário do programa PSPP, pela repartição das compras entre os bancos centrais nacionais de acordo com a tabela de repartição para subscrição do capital do BCE, pelos limites de detenção por emissão e por emitente (que implicam que apenas uma minoria das obrigações emitidas por um Estado-Membro podem ser compradas pelo SEBC no âmbito do programa PSPP) e pelos critérios elevados de elegibilidade (baseados numa avaliação da qualidade do crédito).

Desta forma, não se pode falar, nem sob o aspecto material, que o TJUE não analisou devidamente as questões postas em sede de reenvio prejudicial, entendendo-se que as conclusões trazidas pelo Tribunal Alemão se caracterizam como insatisfações acerca do Acórdão 493/17, os quais deveriam ser objeto de discussão com a utilização dos meios processuais cabíveis para tanto, e não a simples e pura inaplicabilidade da decisão, posto que tem efeito vinculante.

4. Das Possibilidades de Atuação dos Órgãos Judisacionais

Por fim, diante de breve análise acerca da correção da atuação do TJUE,

que se utilizou de razões plausíveis para declarar que o BCE é competente para a consecução do PSPP, bem como a incorreção da decisão do Tribunal Alemão sobre o seu entendimento em sede de reenvio prejudicial, necessário explanar objetivamente quais as possibilidades de atuação subsequente por parte de ambos os órgãos jurisdicionais em face da situação vivenciada.

Em relação ao Tribunal de Justiça da União Europeia, entende-se que este teria como possibilidade de atuação o manejo da aplicação de multa pecuniária ao Estado Alemão caso este atenda aos dispositivos do Tribunal Constitucional Federal Alemão e deixe de aplicar devidamente as obrigações trazidas pelo BCE acerca do PSPP.

Por outro lado, diante da possível caracterização de não cumprimento de obrigação que lhe foi imposta pela legislação europeia ou por tratado, evidencia-se que o Conselho (de acordo com o artigo 258 do TFUE) e qualquer Estado-Membro (conforme artigo 259 do TFUE) podem apresentar uma Ação por Incumprimento, que poderá ser analisada mediante procedimento prévio administrativo pela Comissão.

Por outro lado, em relação ao Tribunal Alemão, caso de fato fundamentasse o seu entendimento acerca da incompreensão da decisão do TJUE e suposta omissão na devida análise da questão posta através do reenvio prejudicial, poderia ter novamente promovido questionamentos ao Tribunal Europeu, tomando por base justamente a ausência de resposta aos questionamentos feitos anteriormente, o que legitimaria o órgão jurisdicional comunitário a oferecer as supostas e adequadas respostas que não teriam sido prestadas de forma adequada, inclusive com a possibilidade de novo reenvio prejudicial para esclarecimentos devidos.

O que de fato o Tribunal Constitucional Federal Alemão jamais poderia ter feito nesta situação seria sua própria e unilateral revisão da decisão judicial à revelia do Acórdão 493/17, originário do TJUE em sede de reenvio prejudicial. Igualmente não tem competência para determinar obrigações ou mesmo fiscalizar a validade de decisões por parte do Banco Central Europeu, que é órgão institucional da União Europeia e, portanto, não está sob jurisdição alemã.

De outro modo, também fugiu de sua alçada o Tribunal Alemão ao determinar que o Banco Central Alemão, o Parlamento Alemão ou o Governo Alemão pudessem igualmente especificar qualquer requerimento ou empreender fiscalização diretamente ao BCE, tendo em vista que, pelas mesmas razões, não detêm competência para tal.

Ad argumentandum tantum, necessário que se deixe absolutamente claro que, mesmo que a decisão trazida pelo Tribunal Alemão esteja inquinada de ilegalidade e deva ser declarada nula de pleno direito, importa registrar que, de acordo com o artigo 263 do Tratado de Funcionamento da União Europeia, há possibilidade de apresentação de Recurso de Anulação quando um ato de natureza comunitária que emana de um órgão da União Europeia for divergente da compreensão dos tratados, devendo ser esta a condução processual adequada caso se quisesse ver invalidadas as decisões em análise proferidas pelo Banco Central Europeu.

5. Conclusões

Como foco principal do estudo, buscou-se a análise objetiva e criteriosa acerca do imbróglio judicial formado pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão, ao negar aplicabilidade ao Acórdão 493/17, proferido pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, acerca da correção das decisões proferidas pelo Banco Central Europeu em sede do programa denominado PSPP, que tinha como objetivo a compra de obrigações soberanas em mercados secundários para retomar uma taxa de inflação inferior mas próxima de 2%.

Através da breve síntese sobre os argumentos trazidos em ambas as decisões, bem como diante da natureza jurídica dos objetivos trazidos por dito programa, conclui-se que o Tribunal Alemão atuou de forma ilegal e em desrespeito aos princípios da segurança jurídica, da unidade, da supremacia e do efeito direto, ao negar cumprimento a uma decisão proferida em sede de Reenvio Prejudicial por parte do TJUE.

Além do ponto de vista formal, que já invalidaria totalmente o objetivo do Tribunal Nacional em exame, há que se salientar que igualmente do ponto de vista material, ao serem analisadas as questões meritórias que fundamentaram o acórdão do TJUE, igualmente não faz sentido as conclusões especificadas no acórdão posteriormente proferido, pois que, sem razões concretas, demonstra apenas insatisfação ao entendimento esposado pelo órgão jurisdicional comunitário.

Após tal entendimento, igualmente foram especificadas as formas de atuação tanto em relação ao incumprimento da decisão por parte do Tribunal Alemão, quanto aos meios judiciais cabíveis para se tentar a invalidação ou anulação das decisões do Banco Central Europeu, em respeito ao regramento estabelecido nos Tratados e nas normas secundárias que dão sustentação a todo o ordenamento jurídico comunitário.

Além de todo o exposto, importa salientar a justificativa da atualidade do presente estudo, tendo em vista que, para além do programa PSPP, empreendido em contexto anterior por parte do Banco Central Europeu, vivencia-se na comunidade europeia as dificuldades causadas pela disseminação da COVID-19, em que, além de quase 2 milhões de mortes, também vem causando assustadora crise económica em todo o mundo, situação delicada e complexa em que a União Europeia também se encontra inserida.

Diante deste cenário, igualmente o BCE está pondo em prática e expandindo programa de compra de dívidas para conter os efeitos da pandemia, desta feita denominado PEPP, utilizando-se basicamente dos mesmos fundamentos anteriormente publicizados para o programa PSPP.

Assim, embora o Tribunal Alemão tenha deixado claro que sua decisão não tem como objeto de análise este novo programa, é indiscutível que tal entendimento pode influenciar um efeito em cadeia, em que outros Tribunais de Estados-Membros podem vir a igualmente questionar a validade até mesmo de ambos os programas, bem como dar justificativa para que o entendimento ultra vires seja motivo para a não aplicação de quaisquer decisões do TJUE ou, ainda pior, que sirva de exemplo para regimes antidemocráticos deixarem unilateralmente de respeitar decisões ou

regramentos de quaisquer dos órgãos da União Europeia.

Portanto, igualmente tendo como objetivo evitar a proliferação de desrespeito à unidade do ordenamento jurídico comunitário, que deve ser aplicado de acordo com as previsões trazidas nos Tratados e nas normas secundárias, o que se inclui a atuação dos órgãos jurisdicionais da União Europeia, evidencia-se a importância de, não apenas politicamente, mas academicamente, rechaçar a possibilidade de aplicação de entendimentos que firam frontalmente o Direito comunitário, sempre prezando pela segurança e unidade jurídica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Acórdão 493/17 do Tribunal de Justiça da União Europeia.

Acórdão 493/17 do TJUE. Comunicado de Imprensa. Disponível em <<https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2018-12/cp180192pt.pdf>>. Acesso em 30 dez. 2020.

ECB decisions on the Public Sector Purchase Programme exceed EU competences (As decisões do BCE sobre o Programa de Compra do Setor Público excedem as competências da EU). Notícia Disponível em <<https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2020/bvg20-032.html>>. Acesso em 30 dez. 2020.

MACHADO, Jonatas. Direito da União Europeia. 2. Ed. Coimbra Editora. Coimbra, 2014.

Tratado de Funcionamento da União Europeia. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/DOC_3&format=PDF>. Acesso em 31 dez. 2020.

Direito fundamental à educação sob a perspectiva das teorias da justiça

Fundamental right to education from the perspective of the theories of justice

Yasmin Sales Silva Cardoso¹

Jeferson Antonio Fernandes Bacelar²

Sumário: 1. O direito à educação na Constituição Federal de 1988; 2. O direito à educação: entre utilitaristas e libertários; 3. A justiça como equidade de Rawls e o comunitarismo de Walzer: caminhos pró-educação; Considerações finais.

Resumo: O presente artigo tem como objetivo analisar o direito fundamental à educação, como está disposto na Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988. Parte do pressuposto que há carência de efetividade no acesso à educação, e que as políticas públicas não têm sido eficazes para garantir o cumprimento dos dispositivos constitucionais. Avalia se a fundamentalidade que respalda as ações estatais, em especial na seara educacional, é ou não causa do insucesso daquilo que foi estabelecido pelos constituintes de 1987-1988. Direciona o estudo para as teorias utilitarista e libertária, as quais têm seus pontos principais apresentados e suas fragilidades apontadas, demonstrando que não conseguem sustentar os enormes desafios do contexto brasileiro, sejam as limitações orçamentárias, sejam as grandes e históricas desigualdades e discriminações sociais. Aponta como alternativa de fundamentação, visando ampliar a efetividade, as teorias da justiça, com ênfase às propostas de John Rawls e Michael Walzer. Em Rawls as ideias de desigualdade e de justiça, no contexto de sua “justiça como equidade” se adequam a promoção do direito à educação no Brasil, resguardando o necessário controle orçamentário. Na tese de Walzer também a educação se destaca como instrumento de transformação e de libertação social, portanto, cumpre função de fomentar sua maior efetividade. A pesquisa apresentada é, essencialmente, bibliográfica.

Palavras-chave: Direitos fundamentais; Direito à educação; Teorias da justiça.

Abstract: This article aims to analyze the fundamental right to education, as provided in the Constitution of the Federative Republic of Brazil, 1988. It assumes that there is a lack of effectiveness in access to education, and that public policies have not been to ensure compliance with constitutional provisions. It assesses whether the fundamentality that supports state actions, especially in the educational field, is or is not the cause of the failure of what was established by the constituents of 1987-1988. It directs the study towards utilitarian and libertarian theories, which have their main points presented and their weaknesses pointed out, demonstrating that they are unable to sustain the enormous challenges of the Brazilian context, be it budgetary limitations, great historical inequalities, and social discrimination. It points as an alternative of foundation, aiming to expand the effectiveness, the theories of justice, with emphasis to the proposals of John Rawls and Michael Walzer. In Rawls, the ideas of inequality and justice, in the context of his “justice as fairness”, are adequate to promote the right to education in Brazil, safeguarding the necessary budgetary control. In Walzer’s thesis, education also stands out as an instrument of transformation and social liberation, therefore, it has the function of promoting its greater effectiveness. The research presented is essentially bibliographic.

Keywords: Fundamental rights; Right to education; Theories of justice.

1 Mestranda em Direitos Fundamentais pela Universidade da Amazônia (UNAMA) na linha de pesquisa Sistemas de Proteção Jurídica dos Direitos Fundamentais. Bolsista do Centro de Aperfeiçoamento de Ensino Superior (CAPES), email: yasminsales13@gmail.com.

2 Doutor em Direitos Fundamentais e Novos Direitos na UNESA-RJ. Mestre em Direito do Estado pela Universidade da Amazônia. É membro da Academia Paraense de Letras Jurídicas. Professor Titular da Universidade da Amazônia - UNAMA, na graduação e na Pós-Graduação Lato e Stricto Sensu (Mestrado em Direitos Fundamentais). E-mail: jafbacelar@yahoo.com.br

1. O direito à educação na Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 6º, trata dos direitos sociais e, entre eles, o direito à educação. O referido artigo garante a autonomia e o desenvolvimento dos indivíduos, visando transformar a sociedade e viabilizar outros direitos, e, consequentemente garantir um Estado Constitucional. Para tanto, além de listá-los também estabeleceu fontes de financiamento que, como aduz Scaff, permitem: “a sua efetivação independente de qualquer intervenção judicial, e concede a qualquer governo a garantia de recursos orçamentários mínimos para a implementação de seu plano de ação social³.”

É diante do princípio da proibição do retrocesso, que possui íntima relação com a noção de segurança jurídica é que se deve investigar como, e em que medida, os direitos fundamentais sociais e, de modo geral, os sistemas de proteção social, com relação ao âmbito da concretização dos direitos sociais e do princípio da justiça social podem ser assegurados contra possíveis supressões ou restrições feitas pelo Estado⁴.

Com base no artigo 205 da CF/1988 exsurtem como principais objetivos da educação: promover o pleno desenvolvimento do indivíduo e o seu preparo para exercer sua cidadania e qualificação no mercado de trabalho. Sarlet⁵ percebe e informa que apenas o artigo supracitado não possibilita o reconhecimento de que o direito à educação é um direito subjetivo público, ou seja, que é um direito disposto constitucionalmente, prevendo que o Estado possui o dever de efetivar a educação mediante a garantia de acesso ao ensino público e gratuito à população. Reforça, portanto, a eficácia limitada que impõe fins genéricos e diretrizes a serem alcançadas e respeitadas pelo Estado e pela comunidade.

O artigo 206 ao abordar os princípios que regem o ensino no Brasil ressalta os princípios da igualdade de condições para o acesso e permanência na escola e o da gestão democrática do ensino público. Dessa forma, entende-se que, se tais princípios forem concretizados propiciarão a construção de um sistema educacional democrático, o que, sem dúvidas, foi um dos principais objetivos do constituinte.

A Constituição Federal de 1988 apresentou a garantia de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, com a possibilidade de erradicação da pobreza e da marginalização, reduzindo as desigualdades sociais e regionais e, consequentemente, promovendo o bem de todos sem qualquer forma de discriminação. Tendo como parâmetro estes objetivos, afirmou o princípio da dignidade da pessoa humana como basilar de sua nova ordem jurídica, juntamente com os valores da igualdade, liberdade e justiça, constituindo condição de existência e medida de legitimidade de um verdadeiro Estado Democrático e Social de Direito⁶.

A sua fundamentação jurídica encontra-se no fato de o constituinte ter lhe colocado como o motivo de existir do Estado, sendo o principal objetivo de toda a sua atuação e, mediante isso, deve estar sempre de acordo com os valores do

3 SCAFF, Fernando Facury. A eficácia dos direitos sociais. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 29.

4 SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 12. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2015, p. 457.

5 Idem, p. 348-350.

6 SARLET. op. cit., p. 63.

humanismo. Pontua-se, que este princípio possui uma dupla face, de um lado o poder de fazer escolhas, de se exercer a autonomia e, de outro, o direito de ter um respeito mínimo por parte do Estado e na comunidade de forma geral⁷.

Portanto, toda a concepção de direitos fundamentais na CF/1988 tem como fundamento o princípio da dignidade humana, visto que o texto constitucional trouxe uma importante concepção, de que mesmo ausente a capacidade de autodeterminação de uma certa pessoa, isto não autoriza a negação da sua dignidade. O princípio da dignidade humana é o que concede unidade de sentido aos direitos fundamentais, pois possui flagrante essencialidade quanto às normas constitucionais que definem os direitos fundamentais, inclusive, os que são de cunho prestacional, como o direito à educação, devendo ser reconhecida a modalidade de eficácia jurídica positiva⁸.

Fixados estes aspectos, verifica-se que mesmo se uma pessoa não possuir a devida consciência de que é detentora de um determinado direito, isto não faz com que o perca. Assim, a dignidade da pessoa humana é pressuposto para a realização de todos os direitos contidos na Constituição Federal de 1988. Esses também não possuem grau de hierarquia entre si. Dessa forma, não se pode definir um direito fundamental como de maior importância, pois nenhum pode ser suprimido ou violado, sendo dotados de caráter social, pois todos são provenientes das reivindicações e carências da sociedade, e fruto das suas lutas sociais. Segundo Silva, os direitos sociais: “são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta e indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos”. Seriam expressões jurídicas aptas a realizar a “igualização de situações sociais desiguais”, valendo como “pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real”⁹.

A partir desta concepção, necessário abordar uma de suas principais características: a universalidade. Apesar da Constituição Federal de 1988 não ter feito de forma direta uma referência ao princípio da universalidade, o texto áureo dos direitos fundamentais estabelece a titularidade dos direitos e garantias fundamentais tanto aos brasileiros, quanto aos estrangeiros que são residentes no Brasil (artigo 5º, caput, CF/1988).

Tal princípio dispõe que todas as pessoas, pelo fato de serem seres humanos, são titulares de direitos e deveres fundamentais, o que não significa que possa haver diferenças que devem ser consideradas, mas sim, em alguns casos e por força do próprio princípio da igualdade, que existam exceções que são expressamente estabelecidas pela Constituição, como, por exemplo, a distinção entre brasileiro nato e naturalizado¹⁰. Portanto, ao adotar o princípio da universalidade dos direitos fundamentais, direitos como o à educação devem ser garantidos de forma plena e ao alcance de toda a população.

7 BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. Direitos humanos. 1ª. ed. São Paulo: LTr, 2015, p. 45.

8 PAES, Carolina Bastos Lima. O liberalismo de princípios aplicado à judicialização dos direitos sociais fundamentais: Uma proposta para a superação de Limites de Atuação do Poder Judiciário. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Pará, Belém, 2015, p. 63.

9 SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 286-287.

10 SARLET, op. cit. p. 217.

Contudo, como garantir a universalidade do acesso à educação em um contexto de orçamentos limitados, que são também limitantes? Para isso as teorias da justiça parecem apontar caminhos de fundamentalidade.

2. O direito à educação: entre utilitaristas e libertários

Adotando o princípio da dignidade como fundamento dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, necessário estabelecer-se intercessão com outros dois ideais políticos, ou princípios, objetivando sua concretização: a igualdade e a liberdade. Apenas no contexto de um modelo de justiça distributiva, fundado nestes dois ideais é que se torna viável impor ao Estado que garanta a todos os indivíduos direitos que lhes são indispensáveis, para uma vida digna e plena¹¹.

A postura adotada pelos entes estatais em priorizar políticas públicas sociais que visam o incremento do bem estar geral, acaba fazendo com que alguns indivíduos não consigam ser alcançados por esta prestação estatal, gerando políticas públicas que não conseguem satisfazer, de forma efetiva, as necessidades individuais. Tal realidade em nada difere da absoluta negação de direitos¹². Defende-se que a adoção de uma filosofia política, ou teoria de justiça, adequada pode e deve auxiliar na promoção da efetividade e concretização plenas de direitos fundamentais.

Para o utilitarismo (que teve como principais precursores Jeremy Bentham e John Stuart Mill) a moralidade das ações é avaliada segundo o seu resultado e não a partir de padrões previamente definidos. Pode, portanto, ser considerado uma corrente teleológica, no qual a correção moral de uma ação não depende de nenhuma qualidade intrínseca sua, mas sim, de suas consequências¹³. O mais importante é propiciar meios que façam com que os seres sencientes (seres humanos e animais) tenham o máximo de bem estar. Outra importante característica é que se trata de uma doutrina agregacionista, ou seja, que busca a maximização da utilidade pregando que o melhor ato será sempre aquele que for capaz de gerar para a coletividade uma maior utilidade. Assim, a utilização dos interesses individuais seria apenas para identificar as ações consideradas aptas para aumentar a utilidade.

A valorização do bem estar comum da totalidade de uma sociedade torna-se, também, o seu principal problema, ao menos no interesse de considerá-la uma teoria que justifique a plena realização dos direitos sociais fundamentais. Ao deixar de lado os interesses individuais, dedicando-se promover a utilidade da comunidade, ocasiona a desconsideração da própria igualdade, na medida em que alguns indivíduos podem ficar cruelmente sacrificados, em benefício da maximização da utilidade média ou total¹⁴.

Não bastaria que o Estado promovesse, com a implementação de políticas públicas, a concretização do direito à educação, mas também deveria garantir que tal direito social se tornasse concreto e efetivo a todos os indivíduos, pois, de acordo com o ordenamento jurídico vigente, não pertenceria apenas a uma parte da população ou

11 BRITO FILHO, op. cit., p. 47.

12 PAES, op. cit. p. 114-115.

13 Idem, p. 85.

14 Idem, p. 86.

à maioria dela, mas sim, a todos. O utilitarismo, portanto, não sustenta, teoricamente, a concretização do acesso pleno à educação.

Já o libertarismo defende a proteção de um Estado mínimo e sem funções distributivas, sustentando também ou por via de consequência somente as liberdades¹⁵. A base do libertarismo, formulada por Robert Nozick, é a liberdade e a partir dela a defesa da não instrumentalização humana, o valor intrínseco de cada ser humano e a possibilidade individual de desenvolver seu projeto de vida, tendo em vista seus interesses¹⁶. Uma importante teoria na concepção libertarista é a da titularidade, que promove a ideia de levar em consideração que todos são titulares dos seus próprios bens. Assim, uma distribuição só será considerada justa quando resultar em trocas livres, pois se o governo tributar estas trocas contra a vontade dos indivíduos ela será injusta, mesmo que a tributação tenha como destino uma forma de compensação às deficiências naturais ou sociais de alguém¹⁷.

Para além disso, só se poderia tributar com o objetivo de se manter as instituições que regulamentarão e manterão o livre mercado como, por exemplo, a polícia e o sistema judiciário. Assim, neste sistema proposto pela teoria libertarista não existiriam escolas públicas ou hospitais públicos. Sob este prisma, mostra-se totalmente inviável. Defende-se que o Estado deve sim intervir na sociedade, especialmente, para que direitos sociais sejam efetivados.

3. A justiça como equidade de Rawls e o comunitarismo de Walzer: caminhos pró-educação

A justiça como equidade foi formulada por John Rawls em resposta a sua insatisfação com o predomínio, desde o século XX, de concepções utilitaristas sobre a ideia de justiça. Apresenta, em seus textos, obscuridades no princípio da utilidade, assim como algumas incongruências entre muitas de suas implicações e as convicções morais da cultura política democrática contemporânea¹⁸.

É uma teoria contratualista, que se ocupa apenas dos princípios de justiça. Verifica-se que a situação original de igualdade acaba correspondendo ao estado de natureza da teoria tradicional do contrato social. Desta forma, os consensos fundamentais alcançados nesta posição original são equitativos, por isso a utilização do termo “justiça como equidade”¹⁹. Rawls aponta como uma das principais características da justiça como equidade o fato de se conceber as partes como racionais e mutuamente desinteressadas, o que não significaria, segundo ele, que as partes são egoístas ou que teriam apenas certos tipos de interesses, como poder e prestígio. Mas sim, como indivíduos que não possuem interesse nos interesses alheios²⁰.

15 BRITO FILHO, op. cit., p. 48.

16 AZEVEDO, Daniela Grillo de. Liberalismo e libertarismo: Distribuição e igualdade. Semana Acadêmica do PPG em Filosofia da PUCRS - VIII Edição, 2011. Disponível em: <<http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/semanadefilosofia/VIII/1.25.pdf>>. Acesso em: 20 de agosto de 2020, p. 02-03.

17 Idem, p. 08.

18 OLIVEIRA, Pablo Camargo de. Teoria da justiça de John Rawls. Tensão entre procedimentalismo puro (universalismo) e procedimentalismo perfeito (contextualismo). Curitiba: Editora Juruá, 2015, p. 25.

19 Idem, p. 15.

20 OLIVEIRA, op. cit. p. 16.

Importante característica da justiça como equidade é dar prioridade do justo sobre o bem, o que acaba impondo determinados critérios que não devem gerar propensões e comportamentos contrários à forma da estrutura básica como um todo²¹. Desta forma, pressupõe que uma concepção adequada de justiça seria produto de um procedimento que garante um resultado justo, seja ele qual for. Não ocorrendo, assim, uma prévia definição do conteúdo que permitiria considerar justo o resultado, ocasionando em uma pretensa prioridade do justo sobre o bem²².

De acordo com Rawls²³, o principal objeto da justiça é a estrutura básica da sociedade, fazendo com que instituições sociais possam distribuir tanto direitos, quanto deveres fundamentais, determinando a divisão das vantagens decorrentes da cooperação social. Só devendo se preocupar com a distribuição daqueles bens considerados primários ou básicos. O Estado deve se manter neutro em relação à determinação do bem pertencente para cada indivíduo da sociedade. Ponto importante seria a publicidade que, segundo Rawls é natural em uma teoria contratualista, pois é preciso que ocorra a aceitação geral e universal dos princípios²⁴, para reger tanto a atribuição de direitos quanto de deveres e possibilitando, também, regular as vantagens sociais e econômicas.

Portanto, as ideias de desigualdade e de justiça apresentadas por Rawls são condizentes na promoção de um direito à educação efetivo para todos, pois, o que se pretende não é gerar descontrole orçamentário, mas que ocorra de fato a criação de políticas públicas capazes de tornar este direito social fundamental eficaz, respeitando as suas singularidades e necessidades individuais.

Fortemente influenciado pelos ensinamentos de John Rawls, e sua teoria da justiça como equidade, Michael Walzer propôs-se a reformulá-la, adotando viés comunitarista, em que avalia os ideais de justiça sob o ponto de vista da comunidade política envolvida (principal crítica à teoria da justiça de Rawls). Os principais conceitos contidos em sua obra são: a teoria pluralista de bens, as noções negativas de predomínio e dominação e o ideal de igualdade complexa.

Walzer esclarece que seu objeto de análise é a justiça distributiva, referindo-se apenas aos bens humanos distribuídos entre si. Esses bens seriam os bens sociais e dispostos apenas no interior de comunidades políticas. Neste sentido, destaca-se sobre os bens: “são tudo aquilo que as comunidades criam, valorizam e distribuem entre seus membros”²⁵. Outro ponto chave na teoria que defende é o fato de descrever e procurar por uma sociedade que nenhum bem social disposto servisse de meio para a dominação: “Nenhum bem social x será distribuído a quem possua algum outro bem y meramente porque possui y e sem consideração ao significado de x.” (Tradução nossa)²⁶.

A educação tem papel de grande destaque na teoria de Walzer, visto que,

21 RAWLS, op. cit. p. 38.

22 OLIVEIRA, op. cit. p. 22.

23 RAWLS, op. cit. p. 08.

24 Idem. p. 56.

25 ARAUJO, Ricardo Corrêa de. Pluralismo, cidadania e igualdade: a teoria da justiça de Michael Walzer. Veritas (Porto Alegre), 62(3), 748-778, 2017. Disponível em: <<https://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/veritas/article/view/25798/0>> Acesso em: 20 de Agosto de 2020, p. 753-754.

26 WALZER, Michael. Spheres of Justice: A Defense of Pluralism and Equality. New York: Basic Books, 1983, p. 25.

para o autor, a principal forma de se obter alto grau de solidariedade social para derrotar a dominação e a desigualdade, tornando concreta uma sociedade justa, seria através da educação cívica, capaz de produzir uma cidadania igualitária, democrática e comunitarista, com cidadãos de igual status empenhados no amplo projeto comunitário de zelar pela autonomia das esferas da justiça e combater a desigualdade oriunda de sua transgressão sistemática.

Outro tema central é a busca pela igualdade, que segundo ele, é sempre uma luta contra a tirania, na qual a igualdade simples, que é aquela geralmente retratada pelas demais teorias da justiça não bastaria, pois o principal ponto é impedir a subordinação. Desta forma, Walzer formula o conceito de igualdade complexa, que implica no fim do predomínio e, conseqüentemente, da tirania, em que todos estariam em corridas distributivas diversas, dependendo do seu desempenho específico em cada uma. E, sair vitorioso, em qualquer delas, não implica evitar fracassos em outras, já que não existe bens predominantes que permitam a trapaça. Contudo, não significa eliminar todas as diferenças, que ainda podem ser enormes, mas não mais injustas, pois todos os bens seriam distribuídos de acordo com os seus respectivos significados²⁷.

Portanto, fica claro na teoria da justiça formulada por Walzer, o papel fundamental da educação e como é um mecanismo de transformação e, até mesmo, de libertação social perante as desigualdades impostas. A educação, sob o prisma comunitarista, é o principal meio de combate às desigualdades em países com tanta diversidade social, como é o caso do Brasil.

Considerações finais

É importante destacar que foram expostas as normas constitucionais que tratam sobre o direito à educação no Brasil, restando claro que, apesar deste direito estar bem regulamentado no ordenamento jurídico brasileiro, ele não possui eficácia plena como deveria, pois as políticas públicas existentes não se mostram condizentes com a realidade fática do Brasil. Apesar da preocupação deste direito atender as necessidades coletivas, não se deve deixar de ter um olhar direcionado para cada ser humano, respeitando suas singularidades e liberdades individuais, em nome do próprio princípio da dignidade humana.

A Constituição Federal de 1988, ao instituir este princípio como basilar da sua nova ordem jurídica, que junto com os princípios ou ideais da igualdade, liberdade e justiça constituem uma verdadeira condição de existência de um Estado Democrático e Social de Direito, não o concedeu à coletividade, mas sim, ao indivíduo. Assim, constata-se que apenas quando se concede aos indivíduos acesso aos direitos fundamentais é que ocorre, realmente, o respeito à dignidade humana, o que, conseqüentemente, torna inviável a utilização de argumentos utilitaristas para justificar a não concessão de direitos fundamentais, como o direito à educação.

Portanto, para que ocorra a concretização deste direito no Brasil, é necessário que ocorra a adoção de medidas que proporcionem a garantia a todas as pessoas e, ao mesmo tempo, sem deixar de lado a análise das particularidades de cada um.

²⁷ ARAUJO, op. cit. p. 767.

Partindo desta premissa, é extremamente importante analisar as teorias da justiça propostas por John Rawls e por Michael Walzer, pois ambas, apesar de suas diferenças e particularidades, buscam a concretização plena de direitos fundamentais, como o direito à educação, respeitando as singularidades dos indivíduos, o que é de extrema importância quando se trata de um país como o Brasil, com grande diversidade social, econômica e cultural.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Ricardo Corrêa de. Pluralismo, cidadania e igualdade: a teoria da justiça de Michael Walzer. *Veritas* (Porto Alegre), 62(3), 748-778, 2017. Disponível em: <<https://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/veritas/article/view/25798/0>> Acesso em: 20 de agos. de 2020.

AZEVEDO, Daniela Grillo de. Liberalismo e libertarismo: Distribuição e igualdade. *Semana Acadêmica do PPG em Filosofia da PUCRS - VIII Edição*, 2011. Disponível em: <<http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/semanadefilosofia/VIII/1.25.pdf>>. Acesso em: 20 de agos. de 2020.

BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. *Direitos humanos*. São Paulo: LTr, 2015.

MILL, John Stuart. *A liberdade. Utilitarismo*. Introdução de Isaiah Berlin. São Paulo: Editora

Martins Fontes. 2000.

OLIVEIRA, Pablo Camargo de. *Teoria da justiça de John Rawls. Tensão entre procedimentalismo puro (universalismo) e procedimentalismo perfeito (contextualismo)*. Curitiba: Editora Juruá, 2015.

PAES, Carolina Bastos Lima. *O liberalismo de princípios aplicado à judicialização dos direitos sociais fundamentais: Uma proposta para a superação de Limites de Atuação do Poder Judiciário*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Pará, Belém, 2015.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Trad. Jussara Simões, Rev. téc. Alvaro de Vita. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 12. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2015.

SCAFF, Fernando Facury. *A eficácia dos direitos sociais*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

WALZER, Michael. *Spheres of Justice: A Defense of Pluralism and Equality*. New York: Basic Books, 1983.

A tributação na era da economia digital sob à luz da análise econômica do direito

Taxation in the era of the digital economy under the light of the economic analysis of the right

Alberto Barella Netto¹

Hérica Cristina Paes Nascimento²

Sumário: 1. O surgimento da Economia Digital; 2. Desafios da Tributação na Economia da Internet; 3. Viabilidade da Tributação à luz da Análise Econômica do Direito; Considerações Finais.

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo exemplificar o fenômeno de surgimento da Economia Digital para posteriormente inter-relacionar com a tributação do mercado no plano da Internet. Nesse sentido, é de grande importância o conhecimento dos principais conceitos e movimentações da chamada Era Digital. Busca-se caracterizar os desafios do referido assunto, pois atualmente neste período tecnológico, existem dificuldades que permeiam o ramo do Direito Tributário e consequentemente no setor econômico. Traz-se também a utilização de conceitos econômicos por meio da ferramenta da Análise Econômica do Direito, pois sob essa ótica objetiva-se examinar e solucionar a problemática de viabilidade da tributação na era digital. O aparato da Análise Econômica do Direito é utilizado para solucionar problemas de ordem social, econômica, jurídica, política, dentre outras, com o fim de se atingir uma amplitude e eficiência do ponto de vista econômico, comercial ou qualquer outra atividade que busque maximizar seus ganhos na sociedade ao mínimo de custos possíveis. Nessa perspectiva, o Direito Tributário, mais especificamente a atividade tributária nas relações negociais, merece todo o destaque no que concerne ao alcance de sua máxima eficiência. A metodologia de pesquisa utilizada no presente artigo científico se baseia em análise e discussões doutrinárias, em livros jurídicos, artigos jurídicos em revistas de Direito sobre o tema.

Palavras-chave: Economia Digital; Tributação; Análise Econômica do Direito.

Abstract: The present work aims to exemplify the phenomenon of the emergence of the Digital Economy to later interrelate with the taxation of the market in the Internet plane. In this sense, it is of great importance to know the main concepts and movements of the so-called Digital Age. It seeks to characterize the challenges of this subject, because currently in this technological period, there are difficulties that permeate the branch of Tax Law and consequently in the economic sector. It also brings the use of economic concepts through the tool of the Economic Analysis of Law, because from this perspective it aims to examine and solve the problem of viability of taxation in the digital age. The Economic Analysis of Law option is used to solve social, economic, legal, political problems, among others, in order to achieve an economic, commercial or any other activity that seeks to maximize its gains in society to the minimum possible costs. In this perspective, tax law, more specifically tax activity in business relations, deserve all the emphasis with regard to achieving its maximum efficiency. The research methodology used in this scientific article is based on analysis and doctrinal discussions, in legal books, legal articles in law journals on the subject.

Keywords: Digital Economy; Taxation; Economic Analysis of Law.

1 Doutorando em Administração na Universidade do Vale do Rio dos Sinos; Mestre em Administração pelo UNI-FACEF - Centro Universitário de Franca-SP, tendo o título de Mestre em Gestão Empresarial, linha de pesquisa em Desenvolvimento Regional; Graduado em Ciências Contábeis pela Universidade de Rio Verde. Atualmente é Reitor da UniRV - Universidade de Rio Verde. Atua na área de Administração com ênfase em Ciências Contábeis e Finanças, Gestão Escolar do Ensino Superior. Possui diversos trabalhos apresentados e publicados em eventos científicos, além de ministrar aulas na Graduação e programas de Pós-Graduação na Universidade de Rio Verde. E-mail: barella@unirv.edu.br

2 Mestranda em Direito da Empresa e dos Negócios na Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Possui Pós-graduação "Lato Sensu" em Direito e Justiça do Trabalho pela Faculdade Sul-Americana - FASAM (2016). Graduada em Direito pela Instituto de Ensino Superior de Rio Verde (2012). Foi Assessora Jurídica no Ministério Público do Trabalho em Rio Verde-GO de 2013 a 2016. Atualmente é Procuradora Jurídica da Universidade de Rio Verde - UniRV. Advogada. hericacpnascimento@gmail.com

1. O surgimento da Economia Digital

Em primeiro lugar, deve-se estabelecer o conceito de Economia Digital e como se deu a criação deste termo. Atualmente, o mundo vive numa era globalizada e foi no início dessa era que se começou a perceber as movimentações dos agentes econômicos na sociedade da informação, onde a tecnologia tornou-se uma ferramenta extremamente importante em todos os aspectos da vida do cidadão, que tem estado cada vez mais presente no meio virtual.

Desde o início da tomada digital observou-se a mudança de foco das empresas, pois perceberam a importância e os benefícios de inserção no meio da internet. Logo, com essa transformação de mercado com a inserção do empresariado na sociedade da informação, deu-se o nascimento da chamada economia digital³.

Nas últimas décadas, essa modificação na forma de operacionalização comercial das empresas ficou mais forte, pois a quantidade de transações, prestações de serviços que passaram a ser efetuadas pela internet aumentou grandemente, algumas empresas até mudaram totalmente seu modo de operar⁴.

Para Castells, “a comunicação em rede transcende fronteiras, a sociedade em rede é global, é baseada em redes globais. Então, a sua lógica chega a países de todo o planeta e difunde-se através do poder integrado nas redes globais de capital, bens, serviços, comunicação, informação, ciência e tecnologia”⁵. E com essa quebra nas barreiras territoriais a mudança de características no mercado é inevitável.

Nesse sentido, de acordo com Monteiro economia digital é “resultado de uma sociedade global fortemente acompanhada pelo desenvolvimento das tecnologias de informação, favorece a interdependência das estruturas econômicas na medida em que as fronteiras físicas não constituem mais entrave para o desenvolvimento de uma atividade”⁶. Ainda, pode-se afirmar que houve uma desmaterialização ocasionada por essa nova economia que “é marcada pela digitalização e pela natureza intangível do processo económico e comercial”⁷.

Da mesma forma Lorenzetti preleciona que “A troca de informação, tecnologias e conhecimento entre as sociedades e organizações criaram uma nova economia, baseada na tecnologia da informação, denominada de economia digital”⁸. Observa-se, portanto, a correlação já há muito tempo tratada entre a evolução da tecnologia e

3 FILHO, J. J. R. P. Os Desafios da Tributação na Economia Digital. Dissertação de Mestrado em Direito apresentada à Faculdade de Direito, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, out./2017. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10316/84100>. Acesso em: 25 dez. 2020.

4 GATTASS, G. B. A. A Tributação no Comércio Eletrónico. Revista do Instituto do Direito Brasileiro, Lisboa, n. 1, p. 133-175, 2014. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/ridb/2014/01/2014_01_00133_00175.pdf. Acesso em: 28 dez. 2020. p. 1.

5 CASTELLS, Manoel; CARDOSO, Gustavo (orgs.). A Sociedade em Rede: do conhecimento a acção política. Imprensa Nacional, 2005. p. 18.

6 MONTEIRO, G. G. As incertezas da tributação direta na economia digital: a metamorfose do estabelecimento estável. Lisboa: ISCTE-IUL, dez./2018. Dissertação de mestrado. Disponível em [www:<http://hdl.handle.net/10071/18300>](http://hdl.handle.net/10071/18300). Acesso em: 02 dez. 2020.

7 MONTEIRO, G. G. As incertezas da tributação direta na economia digital: a metamorfose do estabelecimento estável. Lisboa: ISCTE-IUL, dez./2018. Dissertação de mestrado. Disponível em: [www:<http://hdl.handle.net/10071/18300>](http://hdl.handle.net/10071/18300). Acesso em: 02 dez. 2020.

8 LORENZETTI, E. T. D. C. O sistema de pagamento empresarial eletrônico na era da Economia digital: uma análise do seu custo/benefício. Monografia apresentada à Faculdade de Ciências Contábeis. Florianópolis: UFSC, 2002. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/111048>. Acesso em: 10 dez. 2020. 72 p.

a economia, justifica-se assim a movimentação dos agentes econômicos em busca dessa rápida integração.

2. Desafios da Tributação na Economia da Internet

A priori, deixa-se bem estabelecida a ideia de Economia Digital mencionada anteriormente e tendo em vista o volume de crescimento das transações comerciais desse fenómeno, discussões acerca do Direito Tributário retomam entre os operadores do direito. Além disso, algumas autoridades já reconheceram que o comércio digital cria novas formas de tributação, ou seja, novos fatos geradores⁹.

Porém, ao se falar em matéria legal e fiscal encontra-se alguns obstáculos nesse ramo. Por isso, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico (OCDE) identificou alguns importantes desafios a serem enfrentados, quais sejam: elemento de conexão; acesso aos dados; caracterização e tributação do imposto geral sobre o consumo¹⁰.

Por elemento de conexão, a OCDE pauta a discussão pelas barreiras transfronteiriças que foram quebradas na era da economia digital. As atividades atualmente são efetuadas à velocidade da luz e ainda, nessa flexibilização e desmaterialização negocial a tributação torna-se um desafio. Ao se tratar do acesso aos dados tem-se um tom de comercialização dos dados pessoais, pois estes geram valor tendo em vista que o empresariado pode utilizá-los para uma maior efetividade na relação negocial¹¹. Nesse sentido, segundo a autora Têmis Limberger “A necessidade de proteger o cidadão juridicamente se origina no fato de que os dados possuem um conteúdo económico, pela possibilidade de sua comercialização”¹². Assim, é válido mencionar a importância da proteção jurídica quanto ao acesso aos dados, pois o valor económico gerado traz consequências que não devem ser deixadas de lado.

Em continuidade, quando se fala na caracterização a discussão é justamente quanto aos novos modelos de negócio ou sistemas de pagamento e como as novas relações negociais podem ser tributadas. As operações digitais trazem consigo essa dificuldade de caracterização e identificação do fato gerador, ainda, o que pode ser ou não tributável. Pode-se citar como exemplo o PIX brasileiro que de acordo com o Banco Central, é “meio de pagamento criado pelo Banco Central (BC) em que os recursos são transferidos entre contas em poucos segundos, a qualquer hora ou dia. É prático, rápido e seguro. O Pix pode ser realizado a partir de uma conta corrente, conta poupança ou conta de pagamento pré-paga”¹³.

9 GATTASS, G. B. A. A Tributação no Comércio Eletrónico. Revista do Instituto do Direito Brasileiro, Lisboa, n. 1, p. 133-175, 2014. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/ridb/2014/01/2014_01_00133_00175.pdf. Acesso em: 28 dez. 2020. p. 2.

10 RAMADAS, J. O. D. C. A tributação da economia digital: o IVA no e-commerce. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito do Porto, Universidade Católica Portuguesa, 2019. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10400.14/30389>. Acesso em: 1 jan. 2021. p. 15.

11 RAMADAS, J. O. D. C. A tributação da economia digital: o IVA no e-commerce. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito do Porto, Universidade Católica Portuguesa, 2019. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10400.14/30389>. Acesso em: 1 jan. 2021. p. 16.

12 LIMBERGER, Têmis. Proteção de dados Pessoais e comércio eletrónico: os desafios do século XXI, São Paulo: Vozes, 2008. p. 219.

13 BANCO CENTRAL DO BRASIL. O que é Pix?. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/pix>. Acesso em: 30 dez. 2020.

Em seguida, tem-se o desafio de tributação do consumo na era da economia digital. As novas tecnologias aumentaram a capacidade tanto dos consumidores quanto dos empresários na relação de consumo, a rapidez e quantidade nas compras e vendas online obtiveram um grande salto. Assim, geram-se dificuldades como o rastreo e cobrança de tributos nas operações digitais, por exemplo.

Por consequência dos desafios supramencionados, torna-se de suma importância uma mudança de olhar estritamente jurídica para a correlação entre Direito e Economia, pois busca-se além da definição correta do que pode ou não ser tributado na era da Economia Digital como também dos efeitos causados, traz-se, portanto, o olhar da chamada Análise Econômica do Direito.

3. Viabilidade da Tributação à Luz da Análise Econômica do Direito

A Análise Econômica do Direito surgiu nas Universidades de Chicago e Yale, no Estados Unidos da América, inicialmente como disciplina de Direito e Economia lecionada desde os anos de 1970/80 nas faculdades de Direito¹⁴.

O direito consiste na arte de regular as possíveis variáveis do comportamento humano, enquanto que a economia se trata da ciência que estuda os mecanismos de indução ou não por trás desse comportamento humano num contexto de escassez de recursos de toda ordem, seja ela econômica, de tempo, de produção eficiente dentre outros. Assim, analisar o direito sob a ótica econômica, agregando instrumentos teóricos e empíricos com vistas a expandir a compreensão e também o alcance do direito, aperfeiçoa tanto o desenvolvimento, quanto a aplicação e a efetividade da norma jurídica¹⁵.

Como definição mais acurada a “A análise econômica do direito pode ser entendida como o ramo da Economia que visa a aplicação das teorias da microeconomia para análise das leis e de seus institutos”¹⁶.

Dentro da Análise Econômica do Direito vários são os institutos utilizados para formulação, entendimento e aplicação prática da disciplina como a Teoria do Agente, Teoria da Escolha Pública, Teoria dos Jogos e a Teoria dos Custos de Transação como elementos principais, embora não sejam os únicos, os quais ponderam sobre a relevância dos seguintes conceitos centrais: escassez, maximização racional, incentivos, equilíbrio e eficiência¹⁷.

14 SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é “direito e economia?” Uma introdução à epistemologia da disciplina para o estudante, o profissional e o pesquisador em direito. Artigos Direito GV. 2007. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2773/WP3.pdf>. Acesso em: 03 jan. 2021. p. 12.

15 OLIVEIRA, Emerson Ademir Borges de; PAYÃO, Marília Jordana Viana. Direitos fundamentais na pós modernidade sob a perspectiva da análise econômica do direito fundamental. Revista da Faculdade Mineira de Direito. V.21 n. 41, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.5752/P.2318-7999.2018v21n41p203-224>. Acesso em 02 jan. 2021. p. 205.

16 OZELAME, Rafael Henrique; ZANELATO FILHO, Paulo José. A análise econômica do direito: o direito como instrumento para desenvolvimento econômico e socioambiental. Artigo Jurídico. Revista Direito Ambiental e Sociedade. Vol 5, n. 2, 2015. Disponível em: <http://www.uces.br/etc/revistas/index.php/direitoambiental/article/view/3024>. Acesso em 03 jan. 2021. p. 154.

17 SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é “direito e economia?” Uma introdução à epistemologia da disciplina para o estudante, o profissional e o pesquisador em direito. Artigos Direito GV. 2007. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2773/WP3.pdf>. Acesso em: 03 de janeiro de 2021. p. 16.

O primeiro é o ponto de partida para a análise econômica, pois os recursos são finitos e desta finitude decorrem todos os problemas relacionados à equalização de sua alocação e isso força os indivíduos e os entes sociais a fazerem escolhas. O segundo se relaciona com as escolhas dos indivíduos que as farão de acordo com os seus interesses pessoais de modo a maximizar o seu bem-estar. O terceiro relaciona-se com a maximização do próprio benefício orientado por uma escolha motivada, como o pagamento de impostos corretamente para evitar multas fazendárias, por exemplo. O quarto elemento é considerado quando todos os atores sociais estão maximizando seus interesses de modo simultâneo, situação que geraria uma enormidade de conflitos. Por fim, a eficiência é almejada quando há a conjugação da máxima obtenção de riqueza e bem-estar com o mínimo custo possível¹⁸.

Todo este arcabouço teórico da Análise Econômica do Direito tem sido colocado à disposição de todos os agentes para solucionar problemas de ordem social, econômica, jurídica e até política, de modo a se alcançar uma maior amplitude e eficiência do ponto de vista da economia de um modo geral, da produção legiferante, da produção de bens e serviços, da prestação de um serviço seja ele público ou privado ou qualquer outra atividade que busque maximizar a sua permanência e abrangência na sociedade ao mínimo custo possível.

Neste ponto a atividade tributária merece todo o destaque no que concerne ao alcance de sua máxima eficiência, notadamente diante de um mundo cada vez mais tecnológico e digital como trazido outrora, onde as atividades tendem a se modificar num dinamismo quase que inalcançável até mesmo para o mercado de consumo.

Toda essa fluidez econômica e social dificulta o processo de inovação legislativa, jurídica e política para acompanhar e acomodar ao ordenamento jurídico as novas interações sociais e as relações delas advindas.

Além disso, a economia da 4ª Revolução Industrial tem propiciado uma transmutação dos bens e serviços tangíveis em intangíveis, o que confere uma carga de complexidade ainda maior para o Direito Tributário, no que compete à quantificação do bem imaterial e o cálculo da base tributável, por exemplo, consagrando assim a “tendência à desmaterialização e à desintermediação”¹⁹.

Nesse contexto “A própria moeda de troca passa a ser digital, com transações quase imediatas e criptografadas. O serviço objeto do contrato também pode ser prestado online. Mesmo a compra e venda de bens corpóreos pode ser realizada sem qualquer deslocamento físico, graças à impressão 3D”²⁰.

Toda essa interação tecnológica favorece o mercado online de maneira significativa, com tendências a aumentar e influenciar o mundo e o mercado de

18 SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é “direito e economia?” Uma introdução à epistemologia da disciplina para o estudante, o profissional e o pesquisador em direito. Artigos Direito GV. 2007. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2773/WP3.pdf>. Acesso em: 03 de janeiro de 2021. p. 17-26.

19 CAVALCANTE, Denise Lucena; FREITAS, Juarez; ROCHA, Sofia Laprovitera. Os dilemas fiscais na era da economia digital. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.15, n.2, 2º quadrimestre de 2020. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/view/16861>. Acesso em 04 jan. 2021. p. 516.

20 ARAÚJO, Guilherme Dourado Aragão Sá. Perspectivas do Direito Tributário na 4ª Revolução Industrial: Análise Econômica da Destruição Criativa da Economia Disruptiva. Economic Analysis of Law Review. V. 09, n. 21, 2018. Disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/article/view/8363>. Acesso em 11 dez. 2020. p. 136.

maneira mais acentuada num futuro que se avizinha²¹.

Nos dias atuais os robôs recomendam conteúdos, orientam votos nas eleições, traçam perfis por meio de reconhecimento facial além de potencializarem o “rol de inovações, disruptivas e incrementais, nas trilhas da hiperconectividade, da convergência tecnológica e do compartilhamento de dados, tudo de forma descentralizada e transfronteiriça”²².

As novas tecnologias propiciam que os “cidadãos digitais”²³ se relacionem diretamente entre si, sem intermediários, sejam eles públicos ou privados, o que tem fortalecido a tecnologia peer to peer (p2p) que se caracteriza exatamente por permitir a troca de informações diretamente de pessoa para pessoa, dispensando a participação de um terceiro mediador de confiança ou mesmo fiscalizador²⁴.

A ausência desse mediador de confiança das partes, por exemplo, é a base do protocolo computacional de pagamentos de transações digitais conhecido como Bitcoin, idealizado por Satoshi Nakamoto: “Commerce on the Internet has come to rely almost exclusively on financial institutions serving as trusted third parties to process electronic payments. While the system works well enough for most transactions, it still suffers from the inherent weaknesses of the trust based model”, e em razão disso “We have proposed a system for electronic transactions without relying on trust”²⁵.

Diante disto é imperioso perceber a premente necessidade de remodelar as políticas fiscais, os modelos de tributação e também as ferramentas de implementação de um sistema tributário que terá que estar mais presente nas relações digitais, considerando que os bens e serviços têm migrado cada vez mais para esse mundo virtual, além da criação de novos exclusivamente virtuais, os quais têm passado ao largo da atividade fiscalizatória e tributária do Estado.

Para esse intento lançar mão dos institutos tutelados pela Análise Econômica do Direito parece ser um caminho viável e sólido a ser seguido, notadamente porque o Estado precisará verificar a viabilidade de adequar a sua função tributária numa plataforma digital, o que demandará a análise dos custos para tal intento (Teoria dos Custos de Transação), sem perder de vista a máxima da economia de que os indivíduos tendem a procurar por relações que favoreçam a promoção de seu bem-estar, ainda que apenas econômico (maximização racional), desde que isso não reflita de maneira intimidadora e desestimulante nesse nicho do comércio eletrônico (pois os indivíduos reagem a incentivos), mas com vistas a também promover a saúde e o

21 PRICEWATERHOUSECOOPERS – PwC. Blockchain: an opportunity for energy producers and consumers? 2016. Disponível em: <<http://www.pwc.com.br/pt/estudos/setores-atividade/energia/2016/pwc-blockchain-2016.html>>. Acesso em 20 dez. 2020.

22 CAVALCANTE, Denise Lucena; FREITAS, Juarez; ROCHA, Sofia Laprovitera. Os dilemas fiscais na era da economia digital. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.15, n.2, 2º quadrimestre de 2020. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/view/16861>. Acesso em 04 jan. 2021. p. 515.

23 CAVALCANTE, Denise Lucena; FREITAS, Juarez; ROCHA, Sofia Laprovitera. Os dilemas fiscais na era da economia digital. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.15, n.2, 2º quadrimestre de 2020. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/view/16861>. Acesso em 04 jan. 2021. p. 516.

24 ARAÚJO, Guilherme Dourado Aragão Sá. Perspectivas do Direito Tributário na 4ª Revolução Industrial: Análise Econômica da Destruição Criativa da Economia Disruptiva. Economic Analysis of Law Review. V. 09, n. 21, 2018. Disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/article/view/8363>. Acesso em 02 jan. 2021. p. 136.

25 NAKAMOTO, Satoshi (pseudônimo). Bitcoin: a peer-to-peer Electronic Cash System. Disponível em: <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>. Acesso em: 04 out. 2016. p. 8.

equilíbrio fiscal tão necessários em qualquer sociedade organizada (eficiência).

Assim, aliar o Direito à Economia, “de modo a não desconsiderar os preceitos de justiça, mas também almejando esta com a máxima eficiência e o melhor aproveitamento dos recursos, que são escassos, tem-se uma melhor maneira de gerir a máquina pública a favor dos administrados”²⁶.

4. Considerações Finais

A economia como é conhecida tradicionalmente tem se modificado de maneira exponencial chegando a se desdobrar na chamada economia digital que possui contornos próprios e muito tipicamente aplicáveis ao mundo virtual.

A ausência de um intermediador entre as partes numa transação comercial facilita e promove a permanência e amplitude desse tipo de economia no mundo globalizado, considerando que esta se mostra como a principal característica para a sua existência porque tende a diminuir consideravelmente ou quase que extinguir os custos das transações.

Neste ponto os tributos são vistos como fatores que aumentam os custos das relações negociais que, no meio virtual tendem a se perpetuar notadamente pela ausência ou pouca presença do Estado no exercício da atividade fiscalizatória e tributária.

Contudo, diante da rápida pulverização das relações p2p e da ingerência do Fisco nestas negociações é de salutar importância que os atores políticos lancem mão de institutos compatíveis com o Direito para fazer frente a esta nova economia e, com isso, conseguir manter a máquina pública não apenas por ela mesma, mas porque diversos outros institutos jurídicos e políticos dependem de uma equilibrada e saudável política fiscal para existirem, como a promoção de políticas públicas, atividades prestacionais do Estado, organização política estatal, serviços públicos dentre outros.

Com isso, a Análise Econômica do Direito oferece pressupostos que promovem eficiência quando da tomada de uma decisão, seja ela política, econômica ou jurídica, devendo também iluminar o processo de remodelação da política tributária, tudo com vistas a promover uma implementação tributária o mais eficiente possível.

Referências Bibliográficas

ARAÚJO, Guilherme Dourado Aragão Sá. Perspectivas do Direito Tributário na 4ª Revolução Industrial: Análise Econômica da Destruição Criativa da Economia Disruptiva. *Economic Analysis of Law Review*. V. 09, n. 21, 2018. p. 134-153. Disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/article/view/8363>. Acesso em 02jan. 2021.

²⁶ SOUSA, Vithor Assunção; NASCIMENTO, Hérica Cristina Paes; CABRAL, Valéria Cristina Garcia. A análise econômica do direito aplicada à tributação como forma de concretização dos direitos fundamentais. *Revista Brasileira de Direitos e Garantias Fundamentais*. V. 6, n. 2. 2020. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2526-0111/2020.v6i2.7097>. Acesso em 04 jan. 2021. p. 54.

CASTELLS, Manoel; CARDOSO, Gustavo (orgs.). *A Sociedade em Rede: do conhecimento a acção política*. Imprensa Nacional, 2005.

CAVALCANTE, Denise Lucena; FREITAS, Juarez; ROCHA, Sofia Laprovitera. Os dilemas fiscais na era da economia digital. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.15, n.2, 2º quadrimestre de 2020. p. 513-531. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/view/16861>. Acesso em 04 jan. 2021.

FILHO, J. J. R. P. *Os Desafios da Tributação na Economia Digital*. Dissertação de Mestrado em Direito apresentada à Faculdade de Direito, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, out./2017. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10316/84100>. Acesso em: 25 dez. 2020.

GATTASS, G. B. A. *A Tributação no Comércio Eletrónico*. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, Lisboa, n. 1, p. 133-175, 2014. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/ridb/2014/01/2014_01_00133_00175.pdf. Acesso em: 28 dez. 2020.

LIMBERGER, Têmis. *Proteção de dados Pessoais e comércio eletrônico: os desafios do século XXI*, São Paulo: Vozes, 2008.

LORENZETTI, E. T. D. C. *O sistema de pagamento empresarial eletrônico na era da Economia digital: uma análise do seu custo/benefício*. Monografia apresentada à Faculdade de Ciências Contábeis. Florianópolis: UFSC, 2002. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/111048>. Acesso em: 10 dez. 2020. 72 p.

MONTEIRO, G. G. *As incertezas da tributação direta na economia digital: a metamorfose do estabelecimento estável*. Lisboa: ISCTE-IUL, dez./2018. Dissertação de mestrado. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10071/18300>. Acesso em: 02 dez. 2020.

NAKAMOTO, Satoshi (pseudônimo). *Bitcoin: a peer-to-peer Electronic Cash System*. Disponível em: <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>. Acesso em: 04 out. 2016.

OLIVEIRA, Emerson Ademir Borges de; PAYÃO, Marília Jordana Viana. Direitos fundamentais na pós modernidade sob a perspectiva da análise econômica do direito fundamental. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*. V.21 n. 41, 2018. p. 203-224. Disponível em: <https://doi.org/10.5752/P.2318-7999.2018v21n41p203-224>. Acesso em 02 jan. 2021.

OZELAME, Rafael Henrique; ZANELATO FILHO, Paulo José. A análise econômica do direito: o direito como instrumento para desenvolvimento econômico e socioambiental. Artigo Jurídico. *Revista Direito Ambiental e Sociedade*. Vol 5, n. 2, 2015. p. 151-172. Disponível em: <http://www.uces.br/etc/revistas/index.php/direitoambiental/article/view/3024>. Acesso em 03 jan. 2021.

PRICEWATERHOUSECOOPERS – PwC. *Blockchain: an opportunity for energy producers and con-sumers?* 2016. Disponível em: <http://www.pwc.com.br/pt/estudos/setores-atividade/energia/2016/pwc-blockchain-2016.html>. Acesso em 04 jan. 2021.

RAMADAS, J. O. D. C. *A tributação da economia digital: o IVA no e-commerce*. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito do Porto, Universidade Católica Portuguesa, 2019. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10400.14/30389>.

Acesso em: 1 jan. 2021.

SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é “direito e economia?” Uma introdução à epistemologia da disciplina para o estudante, o profissional e o pesquisador em direito. Artigos Direito GV. 2007. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2773/WP3.pdf>. Acesso em: 03 jan. 2021.

SOUSA, Vithor Assunção; NASCIMENTO, Hérica Cristina Paes; CABRAL, Valéria Cristina Garcia. A análise econômica do direito aplicada à tributação como forma de concretização dos direitos fundamentais. Revista Brasileira de Direitos e Garantias Fundamentais. V. 6, n. 2. 2020. p. 39-56. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2526-0111/2020.v6i2.7097>. Acesso em 03 jan. 2021.

O estado palestino à luz do sistema jurídico internacional: desafios e perspectivas para o século XXI

The palestine state in the light of the international legal system: challenges and perspectives for the 21st century

Ricardo Cotrim Chacur¹

Aya Habib Abou Abbas²

Sumário: 1. Os contextos históricos que envolveram a formação do território palestino; 2. A Formação dos Estados à luz do Sistema Jurídico Internacional; 3. O Estado Palestino e a necessidade do seu reconhecimento pela Sociedade Internacional; Considerações Finais.

Resumo: O processo de construção do Estado palestino passou por uma série de limitações tanto externas quanto internas. Nesse sentido, esteve submetido aos constrangimentos da ordem internacional e regional contemporânea, bem como às divergências internas sobre quais estratégias deveriam ser adotadas para a consolidação deste Estado. Em pleno século XXI, nem mesmo com todo arcabouço jurídico produzido pelo sistema jurídico internacional, a paz foi definitivamente alcançada na região da palestina e a negativa de reconhecimento do Estado da Palestina por alguns atores da sociedade internacional dificultam a consolidação da paz na região, apesar das constantes reivindicações de reconhecimento por parte das autoridades palestinas e da observância da existência dos elementos constitutivos do Estado. Assim, a partir do entendimento de que o reconhecimento total e irrestrito se faz imprescindível para a consolidação da paz na região e a tutela dos direitos humanos e fundamentais do povo palestino, o presente trabalho é resultado de uma pesquisa que objetivou demonstrar que a Palestina preenche todos os elementos constitutivos para ser reconhecido e declarado de forma inequívoca como um Estado pela Sociedade Internacional e que a denegação de seu reconhecimento se fundamenta em questões políticas e não jurídicas que deflagram a violação de preceitos da ordem jurídica internacional e princípios como o da autodeterminação dos povos.

Palavras-chave: Estado da Palestina; Soberania; Sistema Jurídico Internacional; Direitos Humanos.

Abstract: The Palestinian state-building process has undergone a series of limitations, both external and internal. In this sense, he was subjected to the constraints of the contemporary international and regional order, as well as internal differences over which strategies should be adopted for the consolidation of this State. In the middle of the 21st century, not even with all the legal framework produced by the international legal system, peace was definitely achieved in the Palestinian region and the denial of recognition of the State of Palestine by some actors in international society makes it difficult to consolidate peace in the region, despite the constant demands for recognition by the Palestinian authorities and the observance of the existence of the constitutive elements of the State. Thus, based on the understanding that full and unrestricted recognition is essential for the consolidation of peace in the region and the protection of the fundamental and human rights of the Palestinian people, the present work is the result of research that aimed to demonstrate that Palestine fills all the constitutive elements to be recognized and declared unequivocally as a State by the International Society and that the denial of its recognition is based on political and non-legal issues that trigger the violation of precepts of the international legal order and principles such as the self-determination of peoples.

Keywords: Palestinian state; Sovereignty; International Legal System; Human rights.

¹ Doutorando em Direito pela Universidade do Porto, Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, Professor de Direito Constitucional e Direito Internacional e Direitos Humanos dos cursos de Direito e de Relações Internacionais no Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU. Membro do Grupo de Pesquisa de Direitos Humanos Internacionais do programa de Mestrado em Direito da Sociedade da Informação da FMU. Advogado. E-mail: rcchacur.adv@gmail.com.

² Graduada em Direito pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU. Membro do Grupo de Pesquisa de Direitos Humanos Internacionais na FMU. Advogada. aya_d3@hotmail.com.

1. Os contextos históricos que envolveram a formação do território palestino

A Palestina em sua formação original tem aproximadamente 27.000 Km² de extensão, mas o atual território da Palestina, localiza-se dentro do território ocupado por Israel. Seu território é formado, de um modo geral, por uma planície costeira, uma faixa de colinas e uma cadeia de baixas montanhas cuja vertente oriental é mais ou menos desértica.³

Ao longo da história foi dominada sucessivamente por diversas civilizações, dentre as quais se destacaram: a egípcia, a babilônica, a assíria e a hitita, além de ter sido ocupada, também por emigrações semitas, como os cananeus, arameus, hebreus, povos de origem egeia, dentre eles os filisteus, de onde se originou o nome Palestina. Por fim, caiu sob domínio de diversos impérios, como o babilônico, assírio, persa, macedônio, romano, islâmico e otomano, antes da ocupação pela Nações Imperialistas Europeias. Portanto, pode-se asseverar que a Palestina é resultado dessa atribulada trajetória, em 1880 – dos 500 mil habitantes que povoavam a Palestina –, apenas 24 mil eram judeus (5%), havendo amplo predomínio de populações árabe-palestinas.⁴

Braga⁵ assevera que em razão da sua situação geográfica, localizada no corredor entre a África e a Ásia e às portas da Europa, a Palestina “nunca foi sede de um poder que se estendesse para além das suas fronteiras. Pelo contrário, esteve quase sempre submetida a poderes estrangeiros, sediados na África, na Ásia ou na Europa. Em regra geral, foi só sob as potências estrangeiras que ela teve alguma unidade política.”

Por ser uma região dominada e habitada por vários povos, a Palestina sempre foi uma região conflituosa do ponto de vista político, considerando suas características territoriais estratégicas, situa-se num estreito trecho de favorável passagem entre a África e Ásia, palco de grandes conquistas, pelos mais variados povos, por se constituir num corredor natural para os antigos exércitos.

Após a dispersão dos judeus pelo mundo, causada pelo Império Romano frente à onda de antissemitismo existente na Europa e na Rússia pré-soviética, no fim do século XIX, o desejo de se estabelecerem na Palestina começou a se concretizar com o surgimento do sionismo político. Colonizadores judeus se deslocavam à Palestina, entendiam que deveriam trabalhar a terra e o novo judeu, que era são de corpo e alma, estes eram os primeiros nacionalistas judeus, conhecidos como os amantes de Sião.

Contudo, muito antes da criação do Estado de Israel e da posterior ocupação pelos israelenses de parte do território palestino, a palestina sofreu com o mandato Britânico, resultante de um acordo realizado entre franceses e ingleses, conhecido

3 BRAGA, Alfredo. A Palestina. Comissão Justiça e Paz CNIR/FNIRF. Portugal, 2002. Disponível em: www.alfredo-braga.pro.br/discussoes/palestina.html. Acesso em: 26 set. 2019.

4 REICHERT (Rolf) (Dr.) História de Palestina, dos primórdios aos nossos dias. Editora Herder. — Editora da Universidade de São Paulo. São Paulo. — 1972

5 Ibidem.

como o Acordo de Sykes-Picot. Este acordo foi realizado no contexto da Primeira Guerra Mundial (1914-1918), quando os ingleses buscavam alianças com os árabes e prometeram um grande reino árabe unido para obter o apoio contra os turcos, da mesma forma que faziam alianças com os judeus para obter o apoio contra os alemães. Porém, os ingleses estavam dispostos a dominar a Palestina de forma direta e não permitir que os árabes e judeus tivessem as promessas anteriores concretizadas.⁶ O verdadeiro objetivo dos britânicos é descrito, também, por Lawrence⁷ no seu livro “Sete Pilares da Sabedoria”. Dessa forma, no período pós-guerra a Palestina, assim como a Jordânia e o Iraque passaram ao domínio do Império Britânico como resultado dessa traição realizada por meio dos acordos secretos e pelo Pacto da Sociedade das Nações⁸.

Além dos acordos secretos e do Pacto da Sociedade das Nações, a Declaração de Balfour transmitiu a intenção do governo britânico de facilitar a criação de um Lar Nacional Judeu na Palestina como resultado da vitória dos britânicos sob o Império Otomano que até àquela altura tinham dominado a região. Dentre os resultados dessa declaração, destacam-se a transferência massiva da população judaica para a Palestina, a expulsão dos nacionais e o roubo de terras e das propriedades pertencentes aos palestinos, alterando o mapa demográfico da Palestina e a sua estrutura social, política, econômica e militar.

Em 2020, em plena Pandemia, o governo de Israel tenta “promover a anexação de jure de cerca de 30% dos territórios palestinos ocupados em 1967, incluindo todo o vale do rio Jordão e os colonatos instalados contra o direito internacional na Cisjordânia.” Com o apoio dos Estados Unidos, violando as resoluções das Nações Unidas, bem como os instrumentos normativos do Direito Internacional como o princípio da inadmissibilidade da aquisição de território pela força, preconizado no artigo 2º da Carta das Nações Unidas e reiterado pela resolução n.º 242 do Conselho de Segurança da ONU.⁹

Assim, diante da conturbada história que dominou e que ainda domina o território palestino, observa-se que até o presente momento a Palestina luta para ter o direito ao seu Estado reconhecido em sua formação original, de forma irrestrita, pela Comunidade Internacional.

2. A Formação dos Estados à luz do Sistema Jurídico Internacional

Para entender a questão que envolve a problemática do reconhecimento da

6 FROMKIM, David. Paz e guerra no Oriente Médio: a queda do Império Otomano e a criação do Oriente Médio moderno. Trad. Tereza Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 2008.

7 LAWRENCE, Thomas Edward, Sete Pilares da Sabedoria, São Paulo: Record, 2000. p.21-22.

8 Terminada a 1ª Guerra Mundial, durante a conferência de paz de Paris, firmou-se o Pacto da Sociedade das Nações, em junho de 1919, como parte integrante do Tratado de Versalhes. O pacto introduziu em seu artigo 22, o Sistema de Mandatos, fundado sobre o conceito de que o desenvolvimento dos territórios sob tutela das “nações mais adiantadas” constituía uma “missão sagrada da civilização”. O grau de tutela dependia do grau de maturidade política do território interessado. Classificaram-se os mais desenvolvidos como mandatos da classe “A”, os menos desenvolvidos como da classe “B” e os mais atrasados como da classe “C”. Os territórios árabes foram classificados como mandatos da classe “A”. Fonte: GOMES, 2001 p. 23.

9 Disponível em: <https://www.publico.pt/2020/06/26/opiniao/opiniao/anexacao-cisjordania-reconhecimento-estado-palestina-carta-aberta-governo-portugal-1922047> Acesso em: 04.01.2021.

Palestina como um Estado, é necessário entender como surgiram os Estados enquanto organizações políticas, bem como os elementos constitutivos que configuram a existência de um Estado.

O atual sistema jurídico internacional foi construído a partir do surgimento dos Estados como organizações políticas, tendo como marco histórico o Tratado de Vestfália de 1648, que além de pôr fim a Guerra dos Trinta Anos, estabeleceu um conjunto de procedimentos que visava evitar conflitos a todo custo. Entre outras coisas, o recurso da diplomacia ao invés da guerra como solução para conflitos e a aclamação das noções de soberania do Estado ao invés da intervenção, consagrou-se a igualdade dos Estados soberanos, mesmo que estes não possuíssem o mesmo desenvolvimento em termos militares, econômicos ou políticos, impondo o dever de todos respeitarem os territórios uns dos outros. Os Tratados de Vestfália transformaram o Direito Internacional Público, transformando a prática que orientava as decisões políticas, de religiosas para seculares, além de estabelecerem os elementos constitutivos do Estado, dos quais: povo, território e soberania constituem elementos objetivos; e o reconhecimento como elemento subjetivo.

Complementarmente, a Convenção de Montevideu 1933 definiu a natureza do Estado como sujeito de Direito Internacional a partir da observância dos seguintes requisitos: população permanente; território definido; governo soberano e capacidade de se relacionar com seus pares.

Em relação ao elemento constitutivo subjetivo de Estado, sua natureza jurídica é explicada por duas correntes distintas: a teoria constitutiva, cujo reconhecimento atribui ao Estado a condição de sujeito de Direito Internacional Público a partir de um ato discricionário e político; e a teoria declaratória, na qual o reconhecimento se perfaz apenas pela simples declaração de que o novo Estado é um sujeito de Direito Internacional Público, cuja natureza do ato é jurídico, tendo em vista ser esta teoria positivada no art. 13 da Carta da OEA. Contudo, o reconhecimento como elemento constitutivo de um Estado ainda não é considerado pacífico pela doutrina em razão do seu caráter subjetivo. Ademais, de acordo com o art. 3.º da Convenção de Montevideu sobre Direitos e Deveres do Estado (1933), “a existência política do Estado é independente de seu reconhecimento pelos outros Estados”.

Assim, o reconhecimento de um Estado novo é um direito deste, desde que reúna todos os elementos de um Estado, bem como um dever dos demais atores da sociedade internacional, salvo quando o novo Estado tenha sido criado em desacordo com o Direito Internacional Público. O problema da formação dos Estados é igualmente do domínio da história, da política e da sociologia, como do direito internacional. Este último, a rigor, só passa a se interessar pelo fenômeno estado após a sua constituição, estipulando modalidades e conteúdo do reconhecimento de estado e de governo¹⁰.

A Carta da ONU¹¹ estipula como um dos princípios da organização, o “princípio da igualdade de direito e de autodeterminação dos povos”, o que se retoma, no

10 P. B. CASELLA, Reconhecimento de estado e de governo no direito internacional contemporâneo (in O direito internacional no terceiro milênio: estudos em homenagem ao professor Vicente Marotta Rangel, org. L. O. BAPTISTA e J. R. FRANCO DA FONSECA, São Paulo: LTr, 1998, p. 287-318).

11 A Carta da ONU é o tratado que estabeleceu as Nações Unidas.

Capítulo XII da Carta, “sistema internacional de tutela”, cujo artigo 76, letra ‘b’, declara como objetivo básico do sistema de tutela “fomentar o progresso político, econômico, social e educacional dos habitantes dos territórios tutelados e o seu desenvolvimento progressivo para alcançar governo próprio ou independência, como mais convenha às circunstâncias particulares de cada território e de seus habitantes e aos desejos livremente expostos dos povos interessados, e como for previsto, nos termos de cada acordo de tutela”, complementarmente, a Resolução 1514¹² (XV) da AGNU, adotada em 1960, proclama a “necessidade de levar a pronto e incondicional termo todas as formas e as manifestações do colonialismo”, como forma de prevalecer o princípio da autodeterminação dos povos.

Diante dos dispositivos jurídicos pertencentes ao sistema jurídico internacional, verifica-se que no caso da Palestina, o princípio a autodeterminação dos povos, tão basilar ao Direito Público Internacional e preconizado por instrumentos jurídicos normativos do Sistema Global de Proteção dos Direitos Humanos, não foi reconhecido e nem respeitado, tendo em vista as sucessivas violações por parte de Israel ao negar a existência do Estado Palestino por meio da tentativa de anexação de territórios palestinos ocupados por Israel.

3. O Estado Palestino e a necessidade do seu reconhecimento pela Sociedade Internacional

Para compreender a luta e reivindicação do reconhecimento internacional de um Estado Palestino deve-se entender a luta entre palestinos e sionistas em que a primeira parece ser constantemente subjugada e erradicada pela segunda, ou seja, investidas de importância histórica que ainda ressoam atuais quando se observam discursos de negação do Estado Palestino.¹³ Assim, para se demonstrar o direito da Palestina ser reconhecida definitivamente como um Estado soberano pela Sociedade Internacional, é necessário verificar a existência de cada um dos elementos constitutivos do Estado, a fim de atingir os objetivos do presente artigo.

Em que pese o Estado da Palestina ter sido proclamado em Argel, em 1988, a instituição política que representava os palestinos, a Organização para Libertação da Palestina - OLP, tinha sua personalidade jurídica internacional reconhecida, na qualidade de movimento de libertação nacional, mas não era comprovado, se a Palestina reunia todos os elementos constitutivos de Estado. Ainda atualmente, é comum o discurso de que a Palestina seria somente um pretense Estado, corroborando um histórico discurso de negação da realidade palestina.

Quanto ao elemento constitutivo – território – nota-se que a Faixa de Gaza e a Cisjordânia constituem unidade territorial determinada, cuja integralidade deve ser preservada, conforme determina o artigo 11 do Acordo de Taba, de 1995, assinado pelo governo de Israel e pela OLP. O território palestino internacionalmente reconhecido compreende essas duas faixas territoriais, que somam 6.20 quilômetros quadrados¹⁴

12 Declaração sobre a concessão de independência aos países e povos coloniais.

13 SAID, Edward. A Questão da Palestina. São Paulo: Unesp, 2012. p. 10.

14 Disponível em http://www.cartercenter.org/countries/israel_and_the_palestinian_territories.html. Acesso em: 21. Nov. 2019

. O fato de não ser muito extenso não inviabiliza a formação do Estado Palestino. O Direito Internacional não prevê uma área mínima para que se caracterizar o Estado. Mônaco, por exemplo, tem um território de menos de 2 quilômetros quadrados e é considerado um Estado.¹⁵ Contudo, observa-se que boa parte do território da Palestina é ocupada por Israel desde a Guerra dos Seis Dias de 1967, não significando que ele não exista, nem que possa ser considerado israelense, uma vez que o Direito Internacional proíbe expressamente, desde 1945, a aquisição de território pela força. Com efeito, o art. 2 da Carta da ONU, que proíbe a guerra de agressão constitui uma norma de jus cogens¹⁶, imperativa de Direito Internacional, aceita pela comunidade internacional como um todo. Sua violação acarreta responsabilidade agravada para o Estado infrator. Dessa forma, o Conselho de Segurança determinou, na resolução 242 de 1967, que Israel deveria se retirar do território Palestino ocupado, mas isso não ocorreu.

Corrobora com este entendimento, parecer consultivo da Corte Internacional de Justiça que considera a Cisjordânia território palestino, “de acordo com o Direito Internacional Costumeiro, trata-se, portanto, de território ocupado, no qual Israel caracteriza-se como potência ocupante¹⁷”. Dessa forma, a Organização das Nações Unidas reconhece que Israel é uma potência ocupante¹⁸. Logo o território existe e é palestino. Assim, uma ocupação estrangeira ilegítima não tem o condão de fazer desaparecer o território de um Estado.

Quanto ao elemento constitutivo – povo ou população - apesar da expressiva ocupação sionista, que como se depreende acima, ocorreu de maneira contrária aos institutos jurídicos da ordem internacional, de acordo com as Nações Unidas, a população palestina estimada em 2012 era de 4 milhões e 219 mil pessoas¹⁹. A presença física dos palestinos nos territórios de 1967 é um dado factual, verificado, portanto, a existência de uma população permanente em território palestino e a evidência desse elemento constitutivo de Estado.

Verificados os dois primeiros elementos constitutivos de Estado, nota-se que desde a ocupação ilegal de Israel nos territórios da Palestina, ao longo dos diversos

15 MAZZUOLI, Valério. Curso de Direito Internacional Público. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 467.

16 Projeto de artigos sobre responsabilidade internacional dos Estados, de 2001, elaborado pela Comissão de Direito Internacional, Cap. III “VIOLAÇÕES GRAVES DE OBRIGAÇÕES DECORRENTES DE NORMAS IMPERATIVAS DE DIREITO INTERNACIONAL GERAL Art. 40. Aplicação deste Capítulo 1. Este Capítulo se aplica à responsabilidade que é acarretada por uma violação grave por um Estado de uma obrigação decorrente de uma norma imperativa de Direito Internacional geral. 2. Uma violação de tal obrigação é grave se envolve o descumprimento flagrante ou sistemático da obrigação pelo Estado responsável. Art. 41. Consequências particulares da violação grave de uma obrigação consoante este Capítulo 1. Os Estados deverão cooperar para pôr fim, por meios legais, a toda violação grave no sentido atribuído no artigo 40. 2. Nenhum Estado reconhecerá como lícita uma situação criada por uma violação grave no sentido atribuído no artigo 40 nem prestará auxílio ou assistência para manutenção daquela situação.” Sem grifo no original

17 Corte Internacional de Justiça. Parecer consultivo sobre as consequências jurídicas da construção de um muro por Israel em território palestino ocupado. ICJ Reports: Haia, 2004. Parágrafo 78.

18 Diante de uma política israelense de tentar consumir um fato ilícito, por meio da construção de um muro na Palestina, a Corte Internacional de Justiça afirmou, no Parecer Consultivo sobre as Consequências Jurídicas da Construção de um Muro por Israel em Território Palestino ocupado, que não apenas Israel é obrigado a demolir o muro, mas também a comunidade internacional como um todo é obrigada a não reconhecer como lícita essa situação de fato. Trata-se do cumprimento do princípio ex injuria jus non oritur, segundo o qual uma violação grave do Direito Internacional não pode gerar direitos ao violador. (ALMEIDA, 2016)

19 Disponível em: United Nations Statistic Division. World Statistics Pocketbook. Disponível em <https://data.un.org/CountryProfile.aspx?crName=State%20of%20Palestine>. Acesso em 20 Out. 2019.

processos de paz, com destaque para os Acordos de Oslo²⁰, o governo de Israel passou a transferir, gradualmente, o controle do território para a Autoridade Nacional Palestina que controla, atualmente, cerca de um quarto do território palestino e apesar de não exercer controle efetivo sobre todos o seu território, isso não lhe nega a existência de que existe e de que é efetivo na parte de seu território na qual exerce o controle administrativo e jurisdicional. Ademais, dentre os elementos constitutivos do Estado, o governo é o único dos elementos que pode ser relativizado, isto é, que pode estar parcial ou temporariamente ausente, sem que a entidade deixe de se caracterizar como um Estado. Assim, o terceiro elemento constitutivo do Estado também está presente no Estado da Palestina.

Preenchidos os três elementos constitutivos de Estado, de acordo com a doutrina clássica da Teoria Geral do Estado, verifica-se, ainda, que a Palestina possui capacidade de se relacionar com os demais Estados e é juridicamente independente de Israel, sendo inclusive parte em Tratados Internacionais mesmo que na maioria das vezes à revelia de Israel, como no ingresso do Estado da Palestina como membro do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, do qual apenas Estados podem ser membros²¹. Além disso, o país é reconhecido por 138 Estados²² e mantém relações diplomáticas com 135, muitas vezes sob os protestos de Israel. Assim, numa perspectiva jurídica, não existe dependência da Palestina com relação a nenhum outro Estado, tendo em vista que atua internacionalmente de modo soberano e desimpedido e reconhecido por muitos de seus Pares.

Em relação ao elemento subjetivo que constitui o Estado – o reconhecimento – é importante ponderar que por ser um critério subjetivo, este fica muitas vezes às margens da ordem jurídica, pois dependem muito mais da vontade política de Estados Terceiros, isto é, de Estados que geralmente gozam de uma posição política e econômica no cenário geopolítico e cujos interesses muitas vezes se contrapõem a existência daquele Estado que apesar de possuir os três elementos objetivos constitutivos do Estado, não possui o reconhecimento irrestrito de todos os membros da Sociedade Internacional, como se observa no caso da Palestina.

Contudo, apesar de não ser unânime o reconhecimento da existência do Estado da Palestina, a maior parte dos atores da sociedade internacional entende que ela constitui um Estado nacional, tendo relações diplomáticas com Estados,

20 Os acordos de Oslo foram uma série de acordos de paz realizados na cidade de Oslo - Noruega, entre o governo de Israel e o Presidente da Organização para a Libertação da Palestina, Yasser Arafat, mediados pelo presidente dos Estados Unidos, Bill Clinton. Os acordos objetivavam o comprometimento das duas partes nos esforços para a realização da paz entre os dois povos. Estes acordos previam o término dos conflitos, a abertura das negociações sobre os territórios ocupados, bem como a retirada de Israel do sul do Líbano e a questão do status de Jerusalém.

21 A Palestina é parte de 30 tratados internacionais, incluindo o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de 1966, a Convenção contra todas as formas de discriminação contra a mulher, a Convenção sobre os Direitos Políticos da Mulher, a Convenção para a eliminação de todas as formas de discriminação racial; a Convenção para a supressão e a punição do crime de apartheid; as quatro convenções de Genebra de 1949, a Convenção de Viena sobre Relações diplomáticas, de 1961, a Convenção de Viena sobre relações consulares, de 1963, a Convenção de Viena sobre direito dos tratados, de 1969, e o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, de 1998, o Tratado de Não Proliferação Nuclear e a Convenção de Montego Bay sobre Direito do Mar, de 1982.

22 Em 2012, a Assembleia Geral da ONU aprovou a resolução 67/19, na qual atribuiu à Palestina o status de Estado observador não membro da organização. 138 Estados votaram a favor da resolução, o que pode ser entendido como um reconhecimento tácito de Estado por parte daqueles que ainda não o haviam feito.

que o reconhecem, além de ser membro de diversas organizações internacionais destinadas exclusivamente a Estados, como a Liga Árabe e a UNESCO, além de ser membro do Tribunal Penal Internacional, como já observado anteriormente.

Considerações Finais

A partir da análise dos fatores históricos e políticos que envolveram e que, ainda, envolvem a região do território da palestina, verifica-se que os palestinos nunca puderam ter sua independência e a concretização da formação de um Estado palestino, pois ao longo da história foi palco de inúmeras dominações por diversas civilizações e impérios que viam a Palestina como um território estratégico. Desde a partilha do território palestino, realizada em 1947, decorrente do projeto sionista que desejou a fixação de um Lar Nacional judeu na região, bem como das posteriores expansões de Israel nos territórios da Palestina após a guerra dos seis dias, implementada com a construção de assentamentos em territórios palestinos, observa-se que o posicionamento de Israel na região possui características colonialistas, repudiadas pelos dispositivos e princípios consagrados pelos instrumentos normativos de caráter geral do sistema jurídico internacional.

Assim, apesar de verificados a existência inequívoca dos elementos constitutivos para o reconhecimento internacional do Estado da Palestina, nota-se a constante resistência de Israel e seus aliados políticos de denegar essa existência, mesmo após alguns avanços terem sido conquistados ao longo dos últimos anos, por meio de acordos de paz intermediados por Estados Terceiros e pelas relações diplomáticas mantidas entre a Palestina e outros sujeitos de Direito Internacional Público. Contudo, a Questão da Palestina, como gosta de tratar do assunto Edward Said, não é nova e está longe de terminar, devido a estagnação do debate, a recente tentativa de Israel de anexar territórios palestinos ocupados e a mudança da capital de Israel para Jerusalém, além do bloqueio feito pelas grandes potências, tendo como consequências, mediatas e imediatas, a dificuldade de consolidação do Estado palestino e a obstaculização para uma verdadeira paz na região.

Dessa forma, o século XXI reserva desafios ao Sistema Jurídico Internacional que devem ser enfrentados e discutidos em constantes pautas pela Sociedade Internacional para que o caso seja resolvido de maneira a assegurar os direitos humanos e fundamentais de maneira universal para o povo palestino, conforme preconizam os principais instrumentos normativos dos Sistemas Internacional e Regionais de Proteção dos Direitos Humanos com a consequente consolidação da paz na região.

Referências Bibliográficas

ALMEIDA, Paula Wojcikiewicz. Imunidades jurisdicionais do Estado perante a Corte Internacional de Justiça: uma análise a partir do caso Alemanha vs. Itália in Revista

de Direito GV, vol. 12, n. 2, São Paulo, 2016.

BRAGA, Alfredo. A Palestina. Comissão Justiça e Paz CNIR/FNIRF. Portugal, 2002. Disponível em: www.alfredo-braga.pro.br/discussoes/palestina.html. Acesso em: 26 set. 2019.

CIJ. Zimmermann Taciano S. Corte Internacional de Justiça Consequências Jurídicas da Construção de um Muro no Território Palestino Ocupado (Solicitação de Parecer Consultivo) Resumo do Parecer Consultivo de 9 de julho de 2004.

FROMKIM, David. Paz e guerra no Oriente Médio: a queda do Império Otomano e a criação do Oriente Médio moderno. Trad. Tereza Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 2008.

GOMES, Aura Rejane. A Questão da Palestina e a fundação de Israel - Dissertação de Mestrado na USP. São Paulo, 2001. Disponível em: www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-2405002-163759. Acesso em: 21 nov. 2019.

LAWRENCE, Thomas Edward, Sete Pilares da Sabedoria, São Paulo: Record, 2000.

MAZZUOLI, Valério. Curso de Direito Internacional Público. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

P. B. CASELLA, Reconhecimento de estado e de governo no direito internacional contemporâneo (in O direito internacional no terceiro milênio: estudos em homenagem ao professor Vicente Marotta Rangel, org. L. O. BAPTISTA e J. R. FRANCO DA FONSECA, São Paulo: LTr, 1998, p. 287-318).

REICHERT (Rolf) (Dr.) . — História de Palestina, dos primórdios aos nossos dias. Editora Herder. — Editora da Universidade de São Paulo. São Paulo. — 1972

SAID, Edward. A Questão da Palestina. São Paulo: Unesp, 2012.

SAID, Edward. Orientalismo: o Oriente como invenção do Ocidente. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

VARELLA, Marcelo Dias. Direito Internacional Público. São Paulo: Saraiva, 2016, 6ª edição.

A Harmonização Fiscal no Processo de Integração da União Europeia

Fiscal Harmonization in the European Union's Integration Process

Fabrizio Bon Vecchio¹

Débora Manke Vieira²

Sumário: 1. O processo de desenvolvimento da União Europeia para um caminho de Harmonização Fiscal; 2. A Teoria do Federalismo Fiscal na União Europeia; 3. Internacionalização da Economia Tributária: entre a Harmonização e o Processo de Integração; Considerações Finais.

Resumo: A partir da crise econômica de 2009, é possível que as próximas discussões acerca de uma harmonização fiscal sejam feitas apenas no seio da zona euro e não para toda a União Europeia, já que existe uma clivagem de posições cada vez mais acentuada entre os países que estão na união monetária e os que ainda operam com moeda própria. A realidade é que a harmonização fiscal torna mais fácil os equilíbrios macroeconômicos e protege os países dos choques provocados pelas dinâmicas do mercado único. A União Europeia é um bloco econômico desregulado em muitos aspectos, mas aberto quando o assunto possui relação com fiscalidade, tornando necessária a adoção de medidas que busquem uniformizar as políticas fiscais nesta espécie de federação. A harmonização fiscal, sendo um processo de ajustamento de ordenamentos tributários conflitantes, teve sua problemática agravada quando os países-membros foram aderindo ao bloco, com suas peculiaridades orçamentárias. Essa pesquisa analisa as bases teóricas de desenvolvimento da União Europeia, passando pelo processo de harmonização fiscal e pelo estudo da forma federativa “impura” do bloco, utilizando a busca bibliográfica em diversas doutrinas nacionais e internacionais, concluindo que o mercado econômico fiscal está em desenvolvimento e esses conflitos entre seus entes constituem empecilhos para a plena integração econômica e fiscal.

Palavras-chave: União Europeia; Federalismo Fiscal; Harmonização Fiscal; Zona do Euro; Bloco Econômico.

Abstract: From the economic crisis of 2009 onwards, it is possible that the next discussions on fiscal harmonization will be held only within the eurozone and not for the entire European Union, as there is an increasingly sharp cleavage of positions between countries that they are in the monetary union and those who still operate with their own currency. The reality is that fiscal harmonization makes macroeconomic balances easier and protects countries from shocks caused by the dynamics of the single market. The European Union is an unregulated economic bloc in many respects, but open when the subject is related to taxation, making it necessary to adopt measures that seek to standardize fiscal policies in this type of federation. Fiscal harmonization, being a process of adjusting conflicting tax systems, had its problems aggravated when the member countries joined the bloc, with their budgetary peculiarities. This research analyzes the theoretical bases of development of the European Union, going through the process of fiscal harmonization and the study of the “impure” federative form of the bloc, using the bibliographic search in several national and international doctrines, concluding that the fiscal economic market is in development and these conflicts between their entities are obstacles to full economic and fiscal integration.

Keywords: European Union; Fiscal Federalism; Fiscal Harmonization; Eurozone; Economic Block.

¹ Mestrando em Direito da Empresa e dos Negócios pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). E-mail: fbvecchio@hotmail.com.

² Especialista em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). E-mail: deboramanke@gmail.com.

1. O processo de desenvolvimento da União Europeia para um caminho de Harmonização Fiscal

Para se atingir o objetivo final de um mercado único eficiente e sustentável é cada vez maior a necessidade de se promover políticas fiscais supranacionais, isto é, políticas que sejam elaboradas em um âmbito mais central e que comecem a sair da esfera nacional.³ No entanto, apesar desta necessidade, a realidade é que a legislação atual da União Europeia peca pela escassez de artigos que estabeleçam parâmetros fiscais a um nível central e que concedam aos seus organismos a legitimidade para elaborar uma política fiscal europeia. Pelo contrário, o que temos assistido é a ausência de produção de legislação fiscal, a qual promoveria uma maior harmonização fiscal, sendo que desde de 2003 poucos têm sido os avanços significativos nesta área.⁴

A realidade é que após a crise do euro, iniciada no fim de 2009, várias questões base sobre o tema da integração sob as perspectivas política, económica, financeira e social foram levantadas. WASSERFALLEN considera que de todas as questões suscitadas a mais importante é se existe necessidade de complementar o nível atual de integração económico, que já é bastante avançado, com uma maior integração política. Não podemos esquecer que a União Europeia quando foi criada tinha como objetivo último promover uma integração não só económica, mas também política, o que, no entanto, tem-se provado bastante difícil para não dizer impossível.⁵

Um assunto bastante relevante na questão da harmonização fiscal é o da substituição da regra da unanimidade pela regra da maioria qualificada.⁶ Durante as negociações do Tratado de Maastricht,⁷ alguns Estados-Membros partilharam da ideia de que uma política monetária mais centralizada também deveria estar acompanhada de uma política fiscal supranacional e por uma integralização política acelerada.⁸

A realidade é que devido ao elevado nível de contestação que a integração política

3 SMITH, S. Subsidiarity and neutrality in European tax policy: economic considerations. In: S. Smith and R. Barents (Eds.), *Neutrality and subsidiarity in taxation*. London: Kluwer Law International, 1996, p. 8; KAN NIAZI, S., KREVER, R. Is integration of income taxation possible in the EU? *Australian Tax Forum*, 30(2), p. 455–470, 2015, p. 459.

4 ULLAH, S., NIAZI, K. Tax Harmonization in the EU: Insights on Political and Legal Fusion under Neofunctional Rationale, p. 15–29, 2016, p. 23.

5 WASSERFALLEN, F. *Political and Economic Integration in the EU: The Case of Failed Tax Harmonization*, 2014, p. 58.

6 POLLACK, M. A. *The Engines of European Integration: Delegation, Agency and Agenda Setting in the EU*. Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 112.

7 O Tratado de Maastricht, também conhecido por Tratado da União Europeia foi assinado em 7 de fevereiro de 1992, em Maastricht, na Holanda, e entrou em vigor a partir de 1 de novembro de 1993. A ratificação do tratado foi difícil de se conseguir, devido principalmente à perda de soberania dos Estados-Membros que esta implicava. O Tratado da União Europeia continha duas grandes traves-mestras: a criação a curto prazo, de uma união económica e monetária (UEM), sendo que com a criação e implementação do Mercado Único a questão económica já se encontrava bem encaminhada, e a longo prazo, a construção de uma união política. Na oportunidade foram definidos os critérios que os países teriam de cumprir para adesão à moeda única, como: (1) a estabilidade de preços não superior a 1,5% das médias das taxas verificadas nos países com menos inflação; (2) taxa de juros não maiores que 2%; (3) déficits orçamentais abaixo de 3% do Produto Interno Bruto (PIB); (4) dívida pública inferior a 60% do PIB e (5) estabilidade de cotações mantendo-se dentro da margem de flutuação fixada pelo Sistema Monetário Europeu.

8 WASSERFALLEN, F. *Political and Economic Integration in the EU: The Case of Failed Tax Harmonization*, 2014, p. 76.

acelerada sofreu esta ideia caiu e com ela também a regra da maioria qualificada.⁹ Do lado de uma integração política mais profunda, a Alemanha defende que o mercado único nunca se concretizará de forma plena; já a França, diverge ao defender que uma posição mais flexível poderá estimular uma integralização fiscal. Todo esse fenômeno pode ser explicado pelas conclusões de GENSCHEL e JACHTENFUCHS, que afirmaram que a criação do mercado único e o desenvolvimento das dinâmicas econômicas limitaram a flexibilidade fiscal dos países – esses apenas se inclinam para a cedência do seu direito de veto quando se consideram “perdedores” da tax competition ou quando possuem maior tributação, vez que há interesse em manter a situação atual de assimetria de ganhos -impondo uma barreira à total independência desses Estados.¹⁰

2. A Teoria do Federalismo Fiscal na União Europeia

A Teoria do Federalismo Fiscal diz-nos que os impostos podem ou não ser harmonizados quando presente a clareza na definição do destino das receitas e na responsabilização dos órgãos públicos pelas despesas públicas; as regras transparentes dos mecanismos de transferência de recursos públicos; o incentivo ao esforço fiscal e a fixação de regras limitadoras do endividamento dos órgãos do poder local e regional, como preceituou em seus estudos TERESA TER-MINASSIAN e SHAH.¹¹

De uma forma muito simplificada, o Federalismo Fiscal diz-nos que os impostos que recaem sobre fatores móveis devem ser harmonizados, tendo como maior exemplo o Imposto sobre Valor Agregado (IVA)¹², enquanto que os que recaem sobre fatores imóveis devem permanecer como estão desenhados, ou seja, não harmonizados, como é o caso do Internal Revenue Service (IRS).¹³

Diversamente dos Estados Unidos da América, que é uma só nação - mesmo se levarmos em conta todas as diferenças políticas, legais e fiscais entre os estados – na União Europeia o poder de instituir e arrecadar impostos é de cada Estado-

9 WOOLLEY, J. T. ‘Linking Political and Monetary Union: The Maastricht Agenda and German Domestic Politics’. In Eichengreen, B. and Frieden, J. (eds). *The Political Economy of European Monetary Unification*. Boulder, CO: Westview Press, 1994, p. 213.

10 GENSCHEL, P.; JACHTENFUCHS, M. How the European Union Constrains the State: Multilevel Governance of Taxation. *European Journal of Political Research*, p. 293-314, 2011, p. 299.

11 TER-MINASSIAN, Teresa. Intergovernmental fiscal relations in a macroeconomic perspective: an overview. In: TER-MINASSIAN, Teresa (Ed.). *Fiscal federalism in Theory and Practice*. Washington: International Monetary Fund - IMF, 1997, p. 03-24; TER-MINASSIAN, Teresa. Decentralization and macroeconomic management. In: FUKUSAKU, K.; MELLO JR., L. R. de. *Fiscal decentralization in emerging economies: Governance Issues*. Paris: OECD, 1999, p. 55-65; SHAH, A. Federalismo fiscal y gobernabilidad macroeconómica: en lo próspero y en lo adverso? *Trimestre Fiscal*. Guadalajara: INDETEC, v. 69, a. 21, jan./mar. 2000.

12 O IVA é melhor para os contribuintes que comercializam seus produtos dentro de um espaço integrados, pois é indiferente tanto na competitividade e na concorrência quanto na formação de preços de mercado. Além disso, onera o consumo e nunca a produção ou comércio, adaptando-se à necessidade do mercado oferecendo maiores vantagens ao Fisco. Dessa forma, antecipa o imposto que seria devido apenas no consumo e coloca todos agentes econômicas das diversificadas etapas da industrialização e de circulação como responsáveis pela arrecadação (DERZI, Misabel Machado. Posfácio, in BALTHAZAR, Ubaldo Cesar, *Reforma Tributária & Mercosul*, Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p.240).

13 GRAMLICH, E.M.; WOOD, P. R. *Fiscal Federalism and European Integration: Implications for Fiscal and Monetary Policies*, 2000, p. 312.

Membro, sendo responsável e independente para gerir seus programas fiscais e por executá-los. Isto porque são Estados nacionais soberanos, porém organizados por objetivos comuns.

Inegável que o conceito de federação incita um caminho de harmonização de interesses. Assim, embora não se trate de uma federação pelos cânones tradicionais, a União Europeia apresenta algumas características típicas do federalismo: (1) o Tratado da União Europeia se assemelha a uma Carta Constitucional e não se prevê tempo limite para a duração da UE; (2) existem mecanismos de transferências financeiras de Estados-membros a instituições comunitárias (bem como de instituições comunitárias a Estados-membros), recordando os instrumentos federais de transferências intergovernamentais; (3) sistema institucional de decisão por maioria, como nos sistemas federais; (4) existe um poder legislativo a cargo das instituições europeias distinto do Legislativo nacional de cada Estado-membro; (5) primazia e aplicabilidade direta da norma comunitária em face do direito interno (tal como a primazia da lei federal de abrangência nacional em face das leis locais típica do sistema federado); (6) existência de moeda única.¹⁴

Reconhecendo essa estrutura, os assuntos financeiros relacionados aos entes que compõem essa federação necessitam enfrentar e harmonizar as tensões decorrentes de uma multiplicidade de interesses na busca de um modelo cooperativo; e a esse modelo de organização governamental se dá o nome de federalismo fiscal, onde o setor público opera através de múltiplos centros decisórios para que exerça a gestão das transferências fiscais e a composição das despesas.

MASSON ensina que caso se considere que a harmonização fiscal europeia implique na implementação de uma política fiscal federal, devemos ter em atenção três possíveis modelos: (a) harmonização dos impostos e das políticas de despesa; (b) acordos entre os governos europeus de forma a implementar um programa fiscal comum coordenado pelas mais altas instituições da UE; e (c) implementação por parte de cada país de uma política fiscal própria mas monitorizada pelos restantes Estados-Membros, à semelhança dos G-7 (Alemanha, Canada, França, Estados- Unidos, Itália, Reino Unido e Japão).¹⁵

O que se verifica é que hoje a União Europeia mantém um ordenamento jurídico-financeiro autônomo, possuindo em sua estrutura todos os elementos de uma ordem financeira – responsabilidade financeira, sistema de fiscalização, orçamento e o Parlamento como autoridade fiscal – demonstrando uma profunda integração em diversos níveis (ainda que não esteja presente o “federalismo puro”), seja em programação financeira ou na forma em que atua frente aos déficits orçamentários excessivos.

14 Tais características comparativas com as federações podem ser encontradas em MADURO, M. Manual de Direito Comunitário Europeu. Coimbra: Almedina, 2002. p. 247-248 apud LOBATO, Caroline; AZEVEDO NETO, A. O. A construção do federalismo na Europa integrada e no Brasil: a evolução do pacto federativo de seu conceito teórico à versão internacional e sua potencial importação pelo sistema brasileiro. In: DAL RI JR., Arno et al (Coord.). Teoria e história do direito internacional. Florianópolis: CONPEDI, 2014. v. 1. p. 15.

15 MASSON, P.R. Fiscal Policy and Growth in the Context of Europeans Integration. SSRN Working Paper Series, p. 83.

3. Internacionalização da Economia Tributária: entre a Harmonização e o Processo de Integração

A existência de duas realidades distintas marca claramente a atuação comunitária em matéria de harmonização fiscal. Temos, por um lado, o objetivo da comunidade de eliminar ou minimizar as distorções fiscais e financeiras existentes entre os ordenamentos jurídicos diversos de cada Estado membro, mediante a criação de políticas de harmonização e, por outro, a vontade cautelosa de não interferir na política dos Estados membros, cujo objetivo está dirigido a preservar as características nacionais, fruto da evolução histórica de cada um deles.¹⁶

Deve-se considerar que a tributação é fundamental para a sobrevivência e manutenção do Estado. No entanto, o tributo não deve impactar no preço dos produtos de maneira desproporcional aos valores de mercado. Os preços dos produtos devem ser definidos pelo jogo do mercado, cabendo ao Estado o papel de fiscalizar, planejar ou incentivar as atividades econômicas, quando necessário. Dessa maneira, torna-se substancial a mínima influência da tributação sobre o preço final dos produtos e, neste sentido, a neutralidade fiscal exige que, nos mercados, a carga tributária seja economicamente nula.¹⁷

A adoção do princípio de tributação no Estado de origem fará com que os tributos incidam sobre as mercadorias produzidas internamente, independente do lugar de consumo das mesmas, não sendo tributadas as entradas de mercadorias. Desta forma, tributa-se tudo o que é produzido pelo Estado, tanto mercadorias consumidas interna como externamente. O princípio da tributação na origem favorece a livre circulação de bens e serviços, já que não exige a existência de fronteiras fiscais, tornando-o, por isso, o mais indicado para países envolvidos em processos de integração econômica e política, e que também pode ser aplicado no comércio entre Estados independentes, desde que as alíquotas praticadas entre eles sejam as mesmas ou muito próximas, e que a tributação sobre o consumo tenha uma divisão adequada das receitas tributárias.¹⁸

A dissociação das estruturas políticas, econômicas e sociais não favorece o objetivo do desenvolvimento, o que nos faz chegar ao papel da tributação na busca pelo crescimento. E mais ainda, nos faz pensar acerca do papel que os elementos de cooperação — após assumirem a forma de estruturas mais dinâmicas e complexas, originando o que hoje chamamos de blocos de cooperação econômica e política, sendo a união entre Estados com interesse em comum de proteger e expandir suas transações domésticas — têm no desenvolvimento das economias domésticas que representam.¹⁹

É importante ressaltar que a força de uma harmonização, diferente do que

16 NEVES, Fernando Santos. *A Globalização Societal Contemporânea e o Espaço Lusófono*, Mitideologias, Realidades e Potencialidades, edições Universitárias Lusófonas, Lisboa, 2000, p. 5.

17 FORTES, F. C.; BASSOLI, M. K. *Análise Econômica do Direito Tributário: Livre Iniciativa, Livre Concorrência e Neutralidade Fiscal*. Scientia Iuris. UEL. v. 14, 2010. Disponível em: <https://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/7659/6753>. Acesso em: 02 jan. 2021.

18 GASSEN, Valcir. *Reforma Tributária brasileira: as implicações jurídico-políticas da adoção do princípio da tributação no estado de origem e de destino na tributação sobre o consumo*. Florianópolis: Cesus, 2007, p. 157.

19 ALMEIDA, José Gabriel Assis de. *Mercosul: Manual de Direito de Integração*. São Paulo, Lumen Juris: 2001, p. 50.

seria uma mera aproximação entre ordenamentos, é entendida como sendo o tipo de solução mais viável, principalmente por ser uma proposta que necessariamente passaria pela escolha consensual de um denominador comum. A utilização de uma harmonização diminui o número de litígios, torna as regras do jogo mais claras, facilita a troca de informações e, se modelada com maestria, não produz quaisquer efeitos adversos que venham a prejudicar os mercados domésticos.²⁰

A constituição de um mercado integrado pressupõe que sejam estabelecidas condições para o exercício da livre concorrência entre eles, com o intuito de proporcionar a evolução gradual da eficiência de suas economias e, conseqüentemente, tornar o bloco econômico mais competitivo perante o mercado internacional. À medida que as barreiras tarifárias e não tarifárias ao comércio exterior vão sendo eliminadas entre os países integrados, outros obstáculos tributários ganham importância, o que exige medidas harmonizatórias para que o processo de integração possa avançar.²¹

Em um processo de integração, baseando-se em seu propósito, busca-se alinhar políticas em relação à circulação de mercadorias, alíquotas, circulação de pessoas e serviços, ambientais, alfandegárias e tributárias. Esta última requer atenção especial, haja vista que interfere na arrecadação de receitas dos países, configurando uma das fases mais delicadas do processo de integração. Por muito tempo, a questão dos tributos era tratada como assunto de política interna, grande parte das economias era fechada e as situações, nesse contexto, eram regidas pelo princípio da territorialidade. Entretanto, de acordo com as necessidades que foram surgindo em decorrência da abertura das fronteiras para o comércio exterior, esses Estados passaram a realizar negociações e tratados a fim de impedir a dupla tributação e outras situações que prejudicassem o comércio.

Considerações Finais

O entendimento mais polêmico é de que a União Europeia permite a “race to the bottom”, mas reconhece a necessidade de a combater, a fim de ajudar atingir certos objetivos, como reduzir a distorção continua no mercado comum, evitando perdas excessivas de receitas fiscais ou fazendo com que estruturas tributárias se desenvolvam de forma mais favorável para a geração de empregos. É possível perceber a carência da União Europeia no que concerne à fiscalidade, agravada pela ausência de um órgão regulador e uniformizador de políticas fiscais dos Estados-Membros, o que acaba por enfraquecer sua organização monetária e, por conseguinte, a proposta de uma área de integração harmoniosa e fidedigna ao que é proposto em tratados sobre a temática.

A harmonização tributária no processo de integralização econômica não constitui um fim em si mesma, visto que se trata de um meio para viabilizar o cumprimento dos objetivos do processo de integração dos Estados Membros. O principal fim perseguido é a eficiência econômica, que atinja o máximo das possibilidades em termo de integração financeira e fiscal, de modo que os impostos não influenciem nas

20 CAVALCANTI JÚNIOR, Fernando. Conflitos normativos no sistema de solução de controvérsias da OMC. São Paulo: Saraiva, p. 58-74, 2013, p. 61.

21 BELA BELASSA, J. D. Teoría de la integración económica. México: Union Tipografica Editorial, 1980, p. 76.

decisões relacionadas ao mercado comum.

A pretensão da harmonização fiscal não é tornar idênticos os sistemas tributários em vigor nos países signatários da União Europeia, mas torna-os compatíveis com o fluxo econômico do mercado, sendo diretamente proporcional à evolução das etapas de integração econômica, reduzindo as diferenças tributárias e reaproximando aqueles Estados Membros que acabam por promover a concorrência prejudicial dentro do bloco.

Referências Bibliográficas

ALMEIDA, José Gabriel Assis de. Mercosul: Manual de Direito de Integração. São Paulo, Lumen Juris: 2001.

BELA BELASSA, J. D. Teoría de la integración económica. México: Union Tipografica Editorial, 1980.

CAVALCANTI JÚNIOR, Fernando. Conflitos normativos no sistema de solução de controvérsias da OMC. São Paulo: Saraiva, p. 58-74, 2013.

DERZI, Misabel Machado. Posfácio, in BALTHAZAR, Ubaldo Cesar, Reforma Tributária & Mercosul, Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

FORTES, F. C.; BASSOLI, M. K. Análise Econômica do Direito Tributário: Livre Iniciativa, Livre Concorrência e Neutralidade Fiscal. Scientia Iuris. UEL. v. 14, 2010. Disponível em: <https://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/7659/6753>. Acesso em: 02 jan. 2021.

GASSEN, Valcir. Reforma Tributária brasileira: as implicações jurídico-políticas da adoção do princípio da tributação no estado de origem e de destino na tributação sobre o consumo. Florianópolis: Cesus, 2007.

GENSCHEL, P.; JECHTENFUCHS, M. How the European Union Constrains the State: Multilevel Governance of Taxation. European Journal of Political Research, p. 293-314, 2011.

GRAMLICH, E.M.; WOOD, P. R. Fiscal Federalism and European Integration: Implications for Fiscal and Monetary Policies, 2000.

KAN NIAZI, S., KREVER, R. Is integration of income taxation possible in the EU? Australian Tax Forum, 30(2), p. 455–470, 2015.

LOBATO, Caroline; AZEVEDO NETO, A. O. A construção do federalismo na Europa integrada e no Brasil: a evolução do pacto federativo de seu conceito teórico à versão internacional e sua potencial importação pelo sistema brasileiro. In: DAL RI JR., Arno et al (Coord.). Teoria e história do direito internacional. Florianópolis: CONPEDI, 2014. v. 1.

MASSON, P.R. Fiscal Policy and Growth in the Context of Europeans Integration. SSRN Working Paper Series.

NEVES, Fernando Santos. *A Globalização Societal Contemporânea e o Espaço Lusófono, Mitideologias, Realidades e Potencialidades*, edições Universitárias Lusófonas, Lisboa, 2000.

POLLACK, M. A. *The Engines of European Integration: Delegation, Agency and Agenda Setting in the EU*. Oxford: Oxford University Press, 2003.

SHAH, A. Federalismo fiscal y gobernabilidad macroeconómica: en lo próspero y en lo adverso? *Trimestre Fiscal*. Guadalajara: INDETEC, v. 69, a. 21, jan./mar. 2000.

SMITH, S. Subsidiarity and neutrality in European tax policy: economic considerations. In: S. Smith and R. Barents (Eds.), *Neutrality and subsidiarity in taxation*. London: Kluwer Law International, 1996.

TER-MINASSIAN, Teresa. Decentralization and macroeconomic management. In: FUKUSAKU, K.; MELLO JR., L. R. de. *Fiscal decentralization in emerging economies: Governance Issues*. Paris: OECD, 1999.

TER-MINASSIAN, Teresa. Intergovernmental fiscal relations in a macroeconomic perspective: an overview. In: TER-MINASSIAN, Teresa (Ed.). *Fiscal federalism in Theory and Practice*. Washington: International Monetary Fund - IMF, 1997.

ULLAH, S., NIAZI, K. Tax Harmonization in the EU: Insights on Political and Legal Fusiona under Neofunctional Rationale, p. 15-29, 2016.

WASSERFALLEN, F. *Political and Economic Integration in the EU: The Case of Failed Tax Harmonization*, 2014.

WOOLLEY, J. T. 'Linking Political and Monetary Union: The Maastricht Agenda and German Domestic Politics'. In Eichengreen, B. and Frieden, J. (eds). *The Political Economy of European Monetary Unification*. Boulder, CO: Westview Press, 1994.

ZIMMERMANN, Augusto. *Teoria Geral do Federalismo Democrático*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

Las estrategias del administrado ante el silencio de la administración en Argentina y Brasil: las nuevas posibilidades del silencio positivo

The strategies in face of the public administration silence in Argentina and Brazil: the new possibilities of positive silence

Carlos Augusto Motta Murrer¹

Sumario: Introducción; 1. La teoría y las clases de silencio administrativo; 2. El silencio positivo en reglamentos y leyes argentinas; 3. La nueva ley de libertad económica en Brasil: la posibilidad del silencio positivo con fines económicos; De las consideraciones finales

Resumen: Este trabajo académico tiene como objetivo principal buscar la relación de causas, reglas y propósitos del silencio de la Administración Pública en Argentina y Brasil, así como disertar y describir sus relaciones con el silencio positivo en el ámbito del marco legal de Argentina y Brasil. Se toman como punto de partida dos de los órdenes más importantes de América Latina, buscando comprender las nuevas reglas jurídicas acerca de aprobación tácita y sus consecuencias. Así los principales problemas de investigación son: ¿Cómo y con qué causas ocurren los silencios administrativos y estatales en Argentina y Brasil? ¿Existe alguna regulación legal, aunque esté basada en principios, para las consecuencias del silencio administrativo en Brasil o Argentina sobre el tema? ¿Existen y cuáles son las situaciones actuales de silencio administrativo positivo (o aprobación tácita)? Es una investigación cualitativa con exploración bibliográfica y documental de las leyes nacionales y la doctrina de los dos países. Los breves resultados: Argentina y Brasil tienen lógica y norma similares sobre las características del silencio administrativo: dependen de ley propia para ser positivo. La diferencia sensible está en la necesidad de agotar los canales administrativos para el ingreso judicial y la respuesta de mérito. En Brasil la sanción de la Ley de Libertad Económica abre una nueva experiencia legislativa y deontológica a equilibrar el interés privado y la protección del Estado, la administración y los derechos colectivos (como los ecológicos).

Palabras clave: Silencio de la administración; silencio positivo; ley de libertad económica

Abstract: The main objective of this academic work is to seek the relationship of causes, rules and purposes of silence in the Public Administration in Argentina and Brazil, as well as to discuss and describe its relationships with positive silence in the field of the legal framework of Argentina and Brazil. Two of the most important juridical orders in Latin America are taken as a starting point, seeking to understand the new legal rules about tacit approval and its consequences. Thus, the main research problems are: How and with what causes do administrative and state silences occur in Argentina and Brazil? Is there a legal regulation, even if it is based on principles, for the consequences of administrative silence in Brazil or Argentina on the subject? Are there and what are the current situations of positive administrative silence (or tacit approval)? This is a qualitative investigation with a bibliographic and documentary exploration of the national laws and doctrine. The brief results: Argentina and Brazil have similar logic and norm on the characteristics of administrative silence: they depend on their own law to be positive. The noticeable difference is in the need to exhaust the administrative channels for judicial entry and the response of merit. In Brazil, the enactment of the Economic Freedom Law opens a new legislative and deontic experience to balance private interest and the protection of the State, the administration, and collective rights (such as ecological ones).

Keywords: Silence of the administration; positive silence; economic freedom law

¹ Professor de Direito Ambiental do UNIFAGOC. Pós-graduado em Direito Ambiental. Mestrando em Direito Administrativo pela Universidad de Buenos Aires. E-mail: carlos.murrer@gmail.com

Introducción

Este breve ensayo tiene como objetivo demostrar las diferencias y congruencias entre el silencio de la Administración Pública en Argentina y Brasil, así como disertar y describir sus relaciones con el silencio positivo en situaciones de pleito ciudadano.

En este contexto, preguntamos, como un problema de investigación: ¿Cómo y con qué causas ocurren los silencios administrativos y estatales en Argentina y Brasil? ¿Existe alguna regulación legal, aunque esté basada en principios, para las consecuencias del silencio administrativo en Brasil o Argentina sobre el tema? ¿Existen y cuáles son las situaciones actuales de silencio administrativo positivo (o aprobación tácita)?

Esta investigación asume una metodología cualitativa con instrumentos metodológicos bibliográficos a través de textos de respetable doctrina latinoamericana, así como instrumentos de investigación documental en las leyes y jurisprudencia brasileñas y argentinas.

En los próximos capítulos se analizarán las causas, formas y consecuencias de la responsabilidad extracontractual del Estado en materia ambiental en los ordenamientos de Argentina y Brasil.

1. La teoría y las clases de silencio administrativo ²

A monarquia se perde quando um príncipe acha que demonstra melhor seu poder mudando a ordem das coisas do que seguindo-a; quando retira as funções naturais de uns para dá-las arbitrariamente a outros e quando está mais apaixonado por suas fantasias do que por suas vontades. A monarquia perde-se quando o príncipe, tudo reduzindo a si mesmo, chama o Estado para sua capital, a capital para sua corte e a corte para sua pessoa. Enfim, ela se perde quando um príncipe desconhece sua autoridade, sua situação, o amor de seus povos; e quando não sente que um monarca deve achar que está em segurança, assim como um déspota deve achar que está em perigo.

(Barão de Montesquieu. O espírito das leis)

Desde el espíritu de las Leyes de Montesquieu, comprender los poderes y funciones del Estado y la Administración Pública es una tarea de gran complejidad.

El Estado, entendido como nación políticamente organizada, representa al pueblo, el territorio, el gobierno, los objetivos nacionales y la soberanía. El Estado es el poder público en sentido amplio, formado por un conjunto de instituciones que controlan y administran una nación, de manera soberana y de manera impersonal, estable y permanente. La misión del Estado, a través del gobierno, es realizar acciones, programas y proyectos, con la prerrogativa de limitar la acción de las personas por el bien común e incluso hacer uso de la fuerza física para hacer cumplir sus decisiones. La diferencia, desde el punto de vista de la libertad, entre el Estado y los individuos es que la acción del Estado está condicionada por el principio de legalidad, es decir, todo está prohibido, excepto lo que autoriza la ley, mientras que en el caso del particular todo está prohibido, excepto lo que prohíbe la ley. Por tanto, el poder del Estado, en última instancia, es soberano y prevalece sobre los demás agentes

² Nota: los textos oficiales están en la lengua originaria del documento para que no haya alteración de sentido.

sociales, porque es quien elabora, aplica y supervisa, subordinado únicamente a la Constitución que lo rige, las reglas de convivencia social.

En su deber de regular la vida cotidiana, el acto de solicitar a la Administración es un acto igualmente común.

En Argentina los particulares están amparados por el Artículo 14 de la Constitución Nacional que consagra, entre otros derechos fundamentales, de peticionar a las autoridades. Como forma de desenredar y regular dicho derecho que se ha consagrado numerosas disposiciones de la ley 19.549, como las que organizan el proceso administrativo o la queja ante el superior, etc. Es por lo que el ordenamiento agrega a los particulares estrategias destinadas a evitar y a interpretar el silencio para orientar su actuación con intento de lograr éxito a lo que peticiona. En las sabias palabras de Ezequiel Cossagne: Por tal motivo, la administración tiene el deber de resolver las cuestiones planteadas por los particulares legitimados a tales efectos. Este deber surge de la obligación que impone el derecho del administrado de dar una decisión fundada, y encuentra fundamento en el principio de obligatoriedad de la competencia que impone el artículo 3º de la LNPA, y en los principios que rigen en el procedimiento administrativo, incorporados positivamente en dicha ley, tales como los de celeridad, economía, sencillez y eficacia en los trámites administrativos. El administrado tiene a su alcance distintas técnicas para contrarrestar la inactividad formal de la Administración, a los fines de evitar que se vulnere su derecho al debido proceso adjetivo. En efecto, existen dos técnicas administrativas para urgir la decisión fundada de la Administración: el silencio de la administración y la queja. Pero, además, el particular también cuenta con la acción judicial de amparo por mora.³

Un factor predominante en el silencio es su interpretación (o clases): el silencio puede ser positivo o negativo. En el primer caso, la expiración del plazo indica la aceptación de la demanda del administrado. En el silencio negativo, la expiración de los plazos produce el efecto contrario, es decir, la solicitud o los recursos realizados por el administrado se consideran rechazados⁴. Salvo norma o leyes en contrario, el silencio es negativo. En las palabras de Carlos F Balbin al explicar sobre las diferencias entre omisiones y silencios: En conclusión, debemos distinguir entre: a) las omisiones: pretensiones de las personas respecto del reconocimiento de derechos preexistentes; y b) el silencio: pretensiones de las personas ante simples expectativas sobre creación de nuevos derechos. En el primer caso, el Estado tiene la obligación de dar o de hacer de un modo cierto, específico y determinado (por ejemplo, el pago por un servicio efectivamente prestado por el particular). Así, el reconocimiento del derecho está predeterminado por el ordenamiento jurídico y no depende, por tanto, de las conductas estatales o del propio interesado. En el segundo, la obligación del Estado es de orden genérico e indeterminado (por caso, el deber del Estado de otorgar un permiso de uso especial sobre un bien del dominio público). Pues bien, aquí, el reconocimiento de las pretensiones de los particulares depende de una decisión discrecional del Poder Ejecutivo.⁵

3 CASSAGNE, Ezequiel. El amparo por mora de la administración. Buenos Aires: LA LEY. 2010

4 BUTELER, Alfonso. Procedimiento Administrativo. 1a ed. CABA: Erreius. 2019

5 BALBÍN, Carlos F. Manual de Derecho administrativo. 4ta ed. Buenos Aires: La ley. 2018.

2. El silencio positivo en reglamentos y leyes argentinas

Según el artículo 10 de la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo, sólo la disposición expresa puede dar un sentido positivo al silencio de la Administración en responder. Es decir, solo se interpretará de forma positiva con una respuesta verdaderamente positiva o cuando otra legislación lo considere así. In verbis: Silencio o ambigüedad de la Administración. ARTICULO 10.- El silencio o la ambigüedad de la Administración frente a pretensiones que requieran de ella un pronunciamiento concreto, se interpretarán como negativa. Sólo mediando disposición expresa podrá acordarse al silencio sentido positivo. Si las normas especiales no previeren un plazo determinado para el pronunciamiento, éste no podrá exceder de SESENTA días. Vencido el plazo que corresponda, el interesado requerirá pronto despacho y si transcurrieren otros TREINTA días sin producirse dicha resolución, se considerará que hay silencio de la Administración.⁶

En palabras de la respetada doctrina argentina, con las enseñanzas de Carlos Balbin sobre el tema al citar el decreto 891/2017: El silencio es otro de los modos de expresión de la voluntad del Estado. Pero, ¿cómo debe interpretarse el silencio? Este debe ser interpretado en sentido contrario a la pretensión del particular, salvo que la ley establezca otro criterio. El silencio, concepto que incluye según el legislador la ambigüedad, constituye un modo de expresión de las decisiones estatales ante pretensiones que “requieran de ella un pronunciamiento concreto”. Sólo excepcionalmente las normas asignan sentido positivo al silencio de la administración. Sin embargo, el decreto 891/2017 dispone que “en la elaboración de las normas regulatorias deberá tenerse en cuenta la posibilidad de incrementar el carácter positivo del silencio de la Administración, en la medida que resulte posible en atención a la naturaleza de las relaciones jurídicas tuteladas por la norma de aplicación, siempre y cuando sea en beneficio del requirente y no se afecten derechos a terceros” (art. 10).⁷

Hay autores que abogan por la existencia, aunque sutil, de un silencio administrativo positivo en dos situaciones: Artículo 115 del reglamento de Contrataciones del Estado y Artículo 3º de la Ley 24076 de 1992. In verbis: Art. 115.- Plazo para la conformidad de la recepción. La conformidad de la recepción se otorgará dentro del plazo de diez (10) días salvo que en el pliego de bases y condiciones particulares se fijara uno distinto. Dicho plazo comenzará a correr a partir del día hábil inmediato siguiente al de la fecha de entrega de los elementos o al del vencimiento del período que se hubiera establecido en el pliego el que podrá ser parcial con respecto al período fijado para la vigencia del contrato o al del cumplimiento de determinadas etapas de la ejecución del contrato de acuerdo a lo que se hubiera previsto en los respectivos pliegos. En caso de silencio, una vez vencido dicho plazo, el proveedor podrá intimar la recepción. Si la dependencia contratante no se expidiera dentro de los diez (10) días siguientes al de la recepción de la intimación, los bienes o servicios se tendrán por recibidos de conformidad.⁸

6 ARGENTINA. Ley 19.549 de 1972. Ley de procedimiento administrativo. B.O. 27/4/1972.

7 BALBÍN, Carlos F. Manual de Derecho administrativo. 4ta ed. Buenos Aires: La ley. 2018.

8 ARGENTINA. Reglamento del régimen de contrataciones de la administración nacional / Anónimo ; coordinado por Eduardo Mertehikian y Ana Salvatelli. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Infojus, 2014. E-Book.

ARTICULO 3° — Quedan autorizadas las importaciones de gas natural sin necesidad de aprobación previa. Las exportaciones de gas natural deberán, en cada caso, ser autorizadas por el Poder Ejecutivo Nacional, dentro del plazo de noventa (90) días de recibida la solicitud, en la medida que no se afecte el abastecimiento interno. El silencio, en tal caso, implicará conformidad. Los importadores y exportadores, deberán remitir al Ente Nacional Regulador del Gas una copia de los respectivos contratos.⁹

Regla general idéntica a de Brasil, sin embargo, una ley de gran repercusión nacional ha incluido un ejemplo robusto en la dinámica administrativa y empresarial brasileña.

3. La nueva ley de libertad económica en Brasil: la posibilidad del silencio positivo con fines económicos

Desde la realidad de un país permeado por una crisis económica estructural e institucional, que se ha prolongado a lo largo de los años, surgió la urgente necesidad de mejorar y hacer más atractivo el entorno empresarial y las oportunidades para la iniciativa privada, especialmente para las pequeñas y medianas empresas, para necesidad de brindar garantías de libre mercado, seguridad a los contratos y contratistas, para reducir la burocracia de procesos y procedimientos, es decir, resolver las adversidades y obstáculos que enfrenta la actividad empresarial en Brasil.

Según la 17a y última edición de la publicación Doing Business, un boletín del Banco Mundial que compara las regulaciones económicas y la facilidad para hacer negocios en 190 países, a principios de 2019¹⁰ Brasil ocupó la molesta 124a posición¹¹. Reflejo claro de un estado hinchado, burocrático y regulatorio.

Cargada de propuestas no burocráticas en 30 de abril de 2019, se firmó la Medida Provisional¹² 881/2019: una medida presidencial que había sido convertida en Ley de Libertad Económica. Como se indica en la exposición de motivos de la Medida Provisional 881/2019, la intención, con la nueva legislación, es acercar el entorno de la práctica comercial nacional al de los países desarrollados, bajo las riendas de una intervención que se diferencia de lo que fue antes: das tentativas do passado por inverter os instrumentos de ação, ao empoderar o Particular e expandir sua proteção contra a intervenção estatal, ao invés de simplesmente almejar a redução de processos que, de tão complexos, somente o mapeamento seria desgastante e indigno, considerando que os mais vulneráveis aguardam por uma solução.¹³

En 20 de septiembre de 2019, el presidente de la República firmó la Ley N ° 13.874, que promulgó la Declaración del Derecho a la Libertad Económica, estableció garantías de libre mercado y modificó algunas normas vigentes. En resumen, los

9 ARGENTINA. Ley 24076 de 1992. Marco Regulatorio de la Actividad. Privatización de Gas del Estado Sociedad del Estado. Transición. Disposiciones Transitorias y Complementarias. DO 9 jul 1992.

10 A publicação Doing Business 2020 tem como marco final a data de 1º de maio de 2019, um dia depois da publicação da MP 881/2019.

11 WORLD BANK GROUP. Doing Business 2020. Disponível em <https://www.doingbusiness.org/en/reports/global-reports/doing-business-2020>. Acesso em 16 de outubro de 2020.

12 Instituto similar en Argentina al decreto de necesidad y urgencia.

13 BRASIL. MEDIDA PROVISÓRIA N° 881, DE 30 DE ABRIL DE 2019. Exposição de Motivos.

estándares antes mencionados tienen como objetivo proporcionar la racionalidad y la simplificación procesal necesaria para el inicio de una nueva empresa.¹⁴

La comprensión de la Ley de Libertad Económica proviene de su triple división de núcleo. En su ámbito principal, tiene como objetivo crear una regla general de derecho económico. En segundo lugar, pero no menos importante, la creación de esta norma general supone un cambio sustancial en los institutos de derecho privado, especialmente en lo que se refiere a desconocer la personalidad jurídica, la función social del contrato, los contratos interempresariales y los fondos de inversión. Finalmente, poniendo fin a la tripartición, destaca la Ley de Libertad Económica, en lo que respecta al derecho público, insertando el análisis de impacto regulatorio y cambiando los textos normativos de carácter laboral. Entre los tres ejes de esta tripartición, se puede decir con seguridad que el primero es el encargado de provocar debates más entusiastas, que tienden a traer una gran carga ideológica, incluso en detrimento del carácter técnico-jurídico. Algunos dilemas parecen entrar en conflicto, como el liberalismo y el liderazgo, los derechos individuales y los derechos sociales, la libertad y la regulación, etc. Algunas personas incluso piensan que la nueva ley no es liberal, sino libertaria, porque su objetivo es construir una economía “desjuridificada” y totalmente libre de las restricciones impuestas por el gobierno, lo que corresponderá a un mercado cada vez más autorregulado, que no necesita responder a la comunidad, porque a él le corresponde defender el estado minimalista y las formas privadas de justicia.¹⁵

La Ley 13.874/2019 trajo una serie de artículos modificatorios e inclusivos a la legislación vigente. Se han modificado normas como los registros públicos (Ley 6.015/1976), las sociedades anónimas (Ley 6404/1976) y la quiebra y recuperaciones corporativas (Ley 11.101/2005). Sin embargo, es precisamente en el Código Civil donde las normas han sufrido cambios significativos e interesantes, especialmente en lo que respecta a la seguridad jurídica y la estabilidad de las relaciones comerciales, trayendo un nuevo panorama para el empresario brasileño. En la objetividad de las situaciones permisivas de desprecio a la personalidad jurídica y en el fortalecimiento de la autonomía de la persona jurídica, así como en el silencio administrativo positivo, la ley ha alcanzado su punto álgido.

La nueva ley de libertad económica aborda la cuestión del poder de policía estatal en el ámbito económico, abordando más específicamente los actos públicos de liberación y los efectos positivos del silencio administrativo. En este sentido, es necesario destacar dos innovaciones controvertidas en el ámbito de la regulación económica que trae la Ley, a saber (a) la renuncia al consentimiento administrativo previo (actos de liberación pública) para el desarrollo de actividades consideradas de bajo riesgo (art. 3 °, inciso I) y (b) aprobación tácita después del plazo estipulado para el análisis de los requisitos, salvo los casos expresamente prohibidos por la ley (art. 3, inciso IX), destacando, al final, que el silencio administrativo no confiere

14 PEREIRA, Marcos. A medida provisória da liberdade econômica e seus impactos sobre institutos do código civil. In: SALOMÃO, Luis Felipe et al. Lei de Liberdade Econômica e seus impactos no direito brasileiro [livro eletrônico]. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

15 CUEVA, Ricardo Villas Bôas. Apresentação. In: SALOMÃO, Luis Felipe et al. Lei de Liberdade Econômica e seus impactos no direito brasileiro [livro eletrônico]. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

un perdón al particular, que quedará sujeto a la potestad fiscalizadora del Estado. In verbis: Art. 3º São direitos de toda pessoa, natural ou jurídica, essenciais para o desenvolvimento e o crescimento econômicos do País, observado o disposto no parágrafo único do art. 170 da Constituição Federal: I - desenvolver atividade econômica de baixo risco, para a qual se valha exclusivamente de propriedade privada própria ou de terceiros consensuais, sem a necessidade de quaisquer atos públicos de liberação da atividade econômica; [...] IX - ter a garantia de que, nas solicitações de atos públicos de liberação da atividade econômica que se sujeitam ao disposto nesta Lei, apresentados todos os elementos necessários à instrução do processo, o particular será cientificado expressa e imediatamente do prazo máximo estipulado para a análise de seu pedido e de que, transcorrido o prazo fixado, o silêncio da autoridade competente importará aprovação tácita para todos os efeitos, ressalvadas as hipóteses expressamente vedadas em lei;¹⁶

Es decir, es necesario tener la garantía de que, en las solicitudes de actos públicos de liberación de la actividad económica que se sujeten a lo dispuesto en esta Ley, se presenten todos los elementos necesarios para la instrucción del proceso, el individuo será informado expresa e inmediatamente del plazo máximo estipulado para el análisis de su solicitud y que, transcurrido el plazo, el silencio de la autoridad competente implicará aprobación tácita a todos los efectos, salvo en los casos expresamente prohibidos por la ley (inciso IX).

Hay parte de la doctrina que aboga contra la ley al abordar las complicaciones ambientales del silencio administrativo para autorizar el funcionamiento de una empresa o actividad económica.

O quadro se agrava quando, ao aspecto referido, se somar a previsão de aprovação tácita da atividade econômica (art. 3º, inciso IX) que, aliás, por si só já pode – a depender de sua aplicação aos casos concretos – resultar em danos irreversíveis ou de difícil reparação e mesmo compensação. Com isso, não se está a afirmar que a regra legal, ao dar concretude ao dever de razoável duração do processo administrativo, indispensável à atividade econômica legítima e ao progresso, seja por si só e para todos os efeitos inconstitucional, mas que a autorização tácita nela prevista não pode, em hipótese alguma, ser aplicada ao arrepio das exigências da proporcionalidade e, em particular, quando nos casos que envolvam dano efetivo ou potencial que possam comprometer, como no exemplo anterior, o mínimo existencial ecológico.¹⁷

De las consideraciones finales

Este trabajo optó por un análisis descriptivo, didáctico y ejemplificativo de las estrategias del administrado frente al silencio estatal, en especial sobre las posibilidades del silencio positivo. Así concluye:

(a) Argentina y Brasil tienen lógica y norma similares sobre las características

16 BRASIL. Lei 13874 de 2019. Lei da Liberdade Econômica. DOU de 20.09.2019

17 FRAZÃO, Ana. Lei de Liberdade Econômica e seus impactos no direito brasileiro In: SALOMÃO, Luis Felipe et al. Lei de Liberdade Econômica e seus impactos no direito brasileiro [livro eletrônico]. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

del silencio administrativo: dependen de ley propia para ser positivo. La diferencia sensible está en la necesidad de agotar los canales administrativos para el ingreso judicial y la respuesta de mérito.

(b) La sanción de la Ley de Libertad Económica abre una nueva experiencia legislativa y deóntica, donde el Estado ya no debe obstaculizar la libre iniciativa y el derecho a emprender. En un intento por hacer más fácil y atractivo el acceso a los negocios y por reducir una crisis estructural – económica y social – el referido diploma modificó y actualizó, para una realidad ágil, fluida y compleja, numerosos dispositivos públicos y privados, entre ellos los que conciernen sobre la inercia estatal (silencio) y su abuso. El artículo 3º, IX es un buen ejemplo de silencio administrativo positivo por decurso en blanco del plazo para responder.

Referencias Bibliográficas

ARGENTINA. Ley 19.549 de 1972. Ley de procedimiento administrativo. B.O. 27/4/1972.

ARGENTINA. Ley 24076 de 1992. Marco Regulatorio de la Actividad. Privatización de Gas del Estado Sociedad del Estado. Transición. Disposiciones Transitorias y Complementarias. DO 9 jul 1992.

ARGENTINA. Reglamento del régimen de contrataciones de la administración nacional / Anónimo; coordinado por Eduardo Mertehikian y Ana Salvatelli. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Infojus, 2014. E-Book.

BALBÍN, Carlos F. Manual de Derecho administrativo. 4ta ed. Buenos Aires: La ley. 2018.

BRASIL. Lei 13874 de 2019. Lei da Liberdade Econômica. DOU de 20.09.2019

BRASIL. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 881, DE 30 DE ABRIL DE 2019. Exposição de Motivos.

BUTELER, Alfonso. Procedimiento Administrativo. 1a ed. CABA: Erreius. 2019

CASSAGNE, Ezequiel. El amparo por mora de la administración. Buenos Aires: LA LEY. 2010

CUEVA, Ricardo Villas Bôas. Apresentação. In: SALOMÃO, Luis Felipe et al. Lei de Liberdade Econômica e seus impactos no direito brasileiro [livro eletrônico]. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

FRAZÃO, Ana. Lei de Liberdade Econômica e seus impactos no direito brasileiro In: SALOMÃO, Luis Felipe et al. Lei de Liberdade Econômica e seus impactos no direito brasileiro [livro eletrônico]. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

PEREIRA, Marcos. A medida provisória da liberdade econômica e seus impactos sobre institutos do código civil. In: SALOMÃO, Luis Felipe et al. Lei de Liberdade Econômica e seus impactos no direito brasileiro [livro eletrônico]. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

WORLD BANK GROUP. Doing Business 2020. Disponível em <https://www.doingbusiness.org/en/reports/global-reports/doing-business-2020>. Acesso em 16 de outubro de 2020.

A desconexão das ferramentas tecnológicas laborais como direito fundamental ao meio ambiente de trabalho salutar

Technological labour tools disconnection as a fundamental right to a healthy work environment

Fabício Veiga Costa¹

Graciane Rafisa Saliba²

Sumário: 1. Introdução; 2. Jornada de trabalho, intervalos e repouso: direitos fundamentais; 3. Meio ambiente do trabalho: perspectiva constitucional e abrangência; 4. Recursos tecnológicos no ambiente laboral: o direito à desconexão; Considerações Finais.

Resumo: O presente trabalho visa apresentar a problemática da inserção dos recursos e ferramentas tecnológicas de conexão tecnológicas no ambiente laboral. A utilização de aplicativos e correio eletrônico permitem a interação constante e ilimitada, inviabilizando a eficácia dos direitos fundamentais trabalhistas de limitação de jornada, intervalos e repouso. Debate-se, assim, o direito à desconexão, para que o trabalhador usufrua de vida privada, familiar e momentos de descanso, com a necessidade de limites às demandas do empregador, especialmente quando se utilizam os recursos eletrônicos, bem como a limitação da exigência de acesso durante os períodos de repouso e convívio familiar. E, somente com a delimitação da utilização desses recursos tecnológicos e das exigências empresariais seria possível o alcance de um meio ambiente de trabalho salutar. Para delineamento foi utilizada a legislação e a jurisprudência brasileiro, sendo analisado, portanto, como é enfrentada a questão. A utilização de telefones móveis, por exemplo, por si só, não é vista, na jurisprudência brasileira, como caracterizadora de horas de trabalho, conforme vislumbrado na Súmula 428 do Tribunal Superior do Trabalho, entretanto, o que se discute é se realmente o trabalhador atende à finalidade do repouso quando lhe é colocada a obrigatoriedade de manutenção do telefone ligado e com demandas sendo inclusive feitas através do aplicativo WhatsApp. E se tais exigências atendem à demanda constitucional de um meio ambiente equilibrado, especialmente na seara laboral. A escolha do tema se justifica em razão de sua relevância prática e teórica. Por meio da pesquisa bibliográfica e documental, além de análises críticas, teóricas e interpretativas, demonstra-se a viabilidade do direito à desconexão para atendimento ao meio ambiente do trabalho salutar.

Palavras-chave: Direito à desconexão; Meio ambiente de trabalho; Direitos fundamentais; Saúde do trabalhador.

Abstract: The present work aims to present the problem of the insertion of technological resources and technological connection tools in the work environment. The use of applications and electronic mail allow constant and unlimited interaction, making the effectiveness of fundamental labor rights limiting hours, breaks and rest impossible. Thus, the right to disconnect is debated, so that the worker enjoys private, family life and moments of rest, with the need to limit the demands of the employer, especially when using electronic resources, as well as limiting the requirement access during rest and family life. And, only with the delimitation of the use of these technological resources and business requirements would it be possible to achieve a healthy working environment. The Brazilian legislation and jurisprudence was used for the design, therefore analyzing how the issue is addressed. The use of mobile phones, for example, by itself, is not seen, in Brazilian jurisprudence, as characterizing working hours, as seen in Precedent 428 of the Superior Labor Court, however, what is discussed is whether the worker really meets the purpose of rest when it is mandatory to keep the phone on and with demands being even made through the WhatsApp application. And if such requirements meet the constitutional demand for a balanced environment, especially in the field of work. The choice of the theme is justified due to its practical and theoretical relevance. Through bibliographic and documentary research, in addition to critical, theoretical and interpretive analyzes, the feasibility of the right to disconnect to meet the environment of healthy work is demonstrated.

Keywords: Right to disconnect; Work environment; Fundamental rights; Worker's health.

1 Pós-Doutorado em Educação (UFMG). Pós-Doutorado em Psicologia (PUCMINAS). Doutorado e Mestrado em Direito Processual (PUCMINAS). Especializações em Direito Processual; Direito de Família e Direito Educacional (PUCMINAS). Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Professor do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna. E-mail: fvcufu@uol.com.br.

2 Doutora em Direito do Trabalho (PUCMINAS). Mestrado em Direito Internacional (PUCMINAS). MBA em Direito do Trabalho pela Fundação Getúlio Vargas com extensão pela Ohio University. Especialização em Derecho del Trabajo y Crisis Económica Universidad Castilla-la Mancha, Espanha. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professora da Universidade de Itaúna e da Faculdade de Pará de Minas. E-mail: graciane@gracianesaliba.com.br.

1. Introdução

As ferramentas tecnológicas provocaram grandes alterações nas relações de trabalho, com meios de interação que possibilitam a expansão da jornada e redução dos intervalos e do repouso, com utilização de telefones móveis, aplicativos como WhatsApp e correio eletrônico.

A título exemplificativo será analisada a limitação da jornada expressa na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em quarenta e quatro horas, arrefecida frente à utilização de instrumentos tecnológicos, que fazem com que haja a preponderância do trabalho e das demandas do empregador sobre o lazer e a vida pessoal, que deveriam ser usufruídos durante os intervalos, seja ele interjornada ou intrajornada.

A facilidade de comunicação do empregador com o trabalhador provoca um constante contato entre as partes, estendendo-se além da jornada de trabalho pré-estabelecida, e evidenciando o não atendimento das finalidades dos institutos de Direito do Trabalho.

Debate-se, pois, o direito à desconexão, para que o trabalhador usufrua de vida privada, familiar e momentos de descanso, com a necessidade de limites às demandas do empregador, especialmente quando se utilizam os recursos eletrônicos, bem como a exigência de acesso durante os períodos de repouso e convívio familiar. A utilização de telefones móveis, por exemplo, por si só, não é vista, na jurisprudência brasileira, como caracterizadora de horas de trabalho, conforme vislumbrado na Súmula 428 do Tribunal Superior do Trabalho, entretanto, o que se discute é se realmente o trabalhador atende à finalidade do repouso quando lhe é colocada a obrigatoriedade de manutenção do telefone ligado e com demandas sendo inclusive feitas através do aplicativo WhatsApp.

Para tanto, todo esse cenário abala o meio ambiente de trabalho, tornando-o desequilibrado e prejudicial à saúde e convivência. Direito esse expresso no art. 225 da Constituição Brasileira de 1988, o direito ao meio ambiente equilibrado e sadio, abrangendo os diversos aspectos e ambientes do cotidiano, inclusive a seara laboral.

Por meio da pesquisa bibliográfica e documental, além de análises críticas, teóricas e interpretativas, demonstra-se a viabilidade do direito à desconexão para um meio ambiente de trabalho salutar.

2. Jornada de trabalho, intervalos e repouso: direitos fundamentais

A duração do trabalho é prevista no Brasil no próprio instrumento constitucional, de 1988, limitada a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, salvo no caso de trabalho em turnos ininterruptos de revezamento, ou seja, para aquelas empresas que trabalham vinte e quatro horas, todos os dias da semana, com alternância de horários para os empregados, que durante uma semana laboram pela manhã, na outra durante a tarde, na outra durante a noite. Esse tipo de trabalho pode acarretar prejuízos para o desenvolvimento pessoal do empregado, já que poderá enfrentar a dificuldade para a assunção de compromissos semanais em horários fixos, como

curso superiores presenciais, por exemplo, pois pode ter que trabalhar durante uma semana no horário do curso, já que a escala é variável e a atividade da empresa ininterrupta. Nesse caso o limite é reduzido para trinta e seis horas semanais, salvo negociação coletiva.

A previsão da jornada comum é dada no artigo 7º, XIII da Constituição Brasileira de 1988:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...)

XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho;

(...) (BRASIL, 1988)

O tempo efetivo de trabalho e também o tempo à disposição do empregador, executando serviços ou aguardando ordens, devem ser computados na jornada de trabalho, conforme exposto no art. 4º da Consolidação das Leis do Trabalho.

Além das jornadas previstas na Constituição, difundiu-se no Brasil a conhecida como 12 x 36, com doze horas de trabalho e trinta e seis de descanso, estipulada, a priori, com instrumentos coletivos, os acordos e convenções coletivas de trabalho.

A lei 13.467, de julho de 2017, que ficou conhecida como a Reforma Trabalhista abriu a possibilidade de estabelecimento dessa jornada através de acordo ou convenção coletiva de trabalho, e também por meio de acordo individual escrito, como se vislumbra na redação trazida pela lei 13.467 para o art. 59-A da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT):

Art. 59 – A: Em exceção ao disposto no art. 59 desta Consolidação, é facultado às partes, mediante acordo individual escrito, convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, estabelecer horário de trabalho de doze horas seguidas por trinta e seis horas ininterruptas de descanso, observados ou indenizados os intervalos para repouso e alimentação.

Parágrafo único. A remuneração mensal pactuada pelo horário previsto no caput deste artigo abrange os pagamentos devidos pelo descanso semanal remunerado e pelo descanso em feriados, e serão considerados compensados os feriados e as prorrogações de trabalho noturno, quando houver, de que tratam o art.

70 e o § 5º do art. 73 desta Consolidação. (BRASIL, 2017)

Assim, o que se denota é que, apesar da limitação de jornada expressamente prevista na Constituição Brasileira de 1988, de oito horas e quarenta e quatro semanais, ou de seis horas diárias e trinta e seis semanais, permite-se o elastecimento mediante instrumentos coletivos, para adaptabilidade às necessidades empregatícias e mercadológicas.

Diante das modalidades de jornada, é importante ressaltar que sua limitação advém da necessidade de atendimento de fatores sociais, biológicos e econômicos, dentre eles a necessidade de interação e convivência com familiares e amigos, e as vantagens econômicas propiciadas pelo rendimento do trabalhador quando ele está em plenas condições, conforme exposto por Vólia Bomfim Cassar:

A limitação do tempo de duração do trabalho tem como fundamento três aspectos importantes: biológicos, sociais e econômicos.

a) biológicos: O excesso de trabalho traz fadiga, estresse, cansaço ao trabalhador, atingindo sua saúde física e mental. Portanto, os fatores biológicos são extremamente importantes para limitar a quantidade de trabalho diário.

b) sociais: O trabalhador que executa seus serviços em extensas jornadas tem pouco tempo para a família e para os amigos, o que segrega os laços íntimos com os mais próximos e exclui socialmente o trabalhador.

c) econômicos: Um trabalhador cansado, estressado e sem diversões produz pouco e, portanto, não tem vantagens econômicas para o patrão. (CASSAR, 2014, p. 671)

Assim, a limitação das horas de jornada assume papel central na vida do trabalhador, sendo essencial para a conciliação da vida com o trabalho, assim como os intervalos previstos na legislação trabalhista, para descanso, lazer e refeição, conhecidos como intervalo interjornada e intervalo intrajornada, que também refletem na saúde e na convivência social e familiar do trabalhador, ou seja, surge o direito à desconexão.

Há intervalos obrigatórios para refeição, para lazer ou para descanso durante a jornada de trabalho, conhecidos como intrajornada, e entre um dia e outro de jornada, chamados de intervalo interjornada ou entrejornada, previstos na Consolidação das Leis do Trabalho. Destaca-se que não são opcionais, mas normas imperativas, alicerçadas em fatores biológicos, sociais e econômicos, e levam em consideração a saúde física e mental do trabalhador, que podem ser abaladas por extensas jornadas, e podendo até mesmo ocasionar, o trabalho sem qualquer intervalo ou descanso, acidentes de trabalho e estresse psíquico.

O intervalo intrajornada, para repouso e alimentação, ocorre durante a jornada do trabalhador, para qualquer trabalho contínuo que exceda de quatro horas, limitadas a seis por dia, o intervalo deve ser de quinze minutos, e, ultrapassando as seis horas, será de, no mínimo, uma hora por dia e, no máximo, 2 horas por dia. A previsão advém do art. 71 da CLT, que inclusive ressalta a não computação desse tempo na duração do trabalho, ou seja, não há a correspondente remuneração nesse intervalo concedido ao trabalhador.

Em qualquer um desses intervalos, seja ele interjornada – entre um dia e outro de trabalho-, intrajornada computado na duração de trabalho ou não, o descanso tem que ser preservado, e o trabalhador não pode se ocupar com assuntos da empresa, seja atender o telefone, responder e-mails ou até mesmo clientes, pois a função para a qual foram criados não estaria sendo atendida, provocando reflexos nos campos biológico, social e econômico.

Denota-se, pois, que os intervalos são momentos essenciais para o trabalhador, que possibilitam a socialização e o descanso, para uma vida que não seja edificada somente para o trabalho, ou seja, que possibilite a convivência, a reflexão e o lazer. Qualquer afronta, supressão ou redução desses intervalos atingem diretamente a vida e a saúde do trabalhador.

3. Meio ambiente do trabalho: perspectiva constitucional e abrangência

Há uma congruência entre os direitos humanos, especialmente entre o direito à vida, à saúde e ao meio ambiente saudável e equilibrado. Não se pode viver

qualitativamente sem que as condições sejam propícias, e somente quando atendidas tais condições poderão ser exercitados os demais direitos humanos, dentre eles os sociais, os políticos e os da personalidade. “O fenômeno da necessidade de proteção ao meio ambiente passou a ser considerado um conjunto de elementos interligados e de causação recíproca entre eles, e como tal, principiou a ser tratados nos direitos internos dos países” (SOARES, 2001, p. 40).

A priorização da produção, num primeiro momento no cenário histórico, relegou a segundo plano a questão ambiental, diante da necessidade de desenvolvimento e progresso:

Em seu início, o século XX tinha herdado dos séculos anteriores, em especial do final do século XIX, a ideia de que o desenvolvimento material das sociedades, tal como potencializado pela Revolução Industrial, era o valor supremo a ser almejado, sem contudo atentar-se para o fato de que as atividades industriais têm um subproduto altamente nocivo para a natureza e, em consequência, para o próprio homem. Na verdade, inexistia mesmo uma preocupação com o meio ambiente que cercava as indústrias, pois, à falta de problemas agudos, havia um entendimento generalizado de que a natureza (entendida como um “dado” exterior ao homem) seria capaz de absorver materiais tóxicos lançados ao meio ambiente, e, por um mecanismo “natural” (talvez “mágico”?!), o equilíbrio seria mantido de maneira automática. (SOARES, 2001, p. 35).

Entretanto, os acúmulos degradativos do meio ambiente foram sentidos com reflexos diretos na saúde da população e também dos trabalhadores, culminando em afastamentos, acidentes e até morte. E, para tanto, imperou a necessidade de se repensar esse desenvolvimento que se vislumbrou insustentável com o passar dos anos, haja vista a impossibilidade de manutenção da produção nessas condições.

E foi nesse sentido que exsurgiu uma concentração de esforços global em prol de um desenvolvimento sustentável, com a utilização racional dos bens e fatores de produção naturais, priorização da qualidade de vida e possibilidade de existência digna, sendo tal pensamento difundido na esfera mundial, com o tema levado a tratamento na Organização das Nações Unidas (ONU), que convocou a Conferência de Estocolmo, em 1972, especialmente dedicada ao meio ambiente humano, e que resultou na instituição do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente – Pnuma.

A partir daí os Estados passaram a inserir o direito ao meio ambiente em instrumentos constitucionais, explicitando o tratamento de direito fundamental, como foi o caso do Brasil, no art. 225 da CF/88, ao expressar que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações” (BRASIL, 1988).

A propagação da importância do meio ambiente extrapolou, assim, o cenário internacional, e foi inserida no âmbito interno, como meio de efetivação do direito à vida e para consagração da dignidade humana, o que carece, portanto, de uma interpretação ampliativa de forma a atingir as diversas esferas que tangem o indivíduo, especialmente na seara laboral.

Ao considerar que “o homem passa a maior parte de sua vida útil no trabalho, exatamente no período da plenitude de suas forças físicas e mentais” (OLIVEIRA, 2011, p. 142), não há como desconsiderar o meio ambiente do trabalho, conforme

explicita Sebastião Geraldo de Oliveira:

O meio ambiente do trabalho está inserido no meio ambiente em geral (art. 200, VIII, da Constituição da República), de modo que é impossível alcançar qualidade de vida sem ter qualidade de trabalho, nem se pode atingir meio ambiente equilibrado e sustentável, ignorando o meio ambiente do trabalho. Nessa perspectiva, a Constituição de 1988 estabeleceu expressamente que a ordem econômica deve observar o princípio da defesa do meio ambiente (Art. 170, VI). (OLIVEIRA, 2011, p. 142)

Nota-se que a indivisibilidade dos direitos fundamentais é expressa na própria Constituição de 1988, que corrobora a importância do meio ambiente do trabalho, no artigo 200, inciso VIII da CF/88, ao determinar como competência do sistema único de saúde, a colaboração na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

Conclui-se, assim, pela necessidade de aprimoramento das condições de trabalho, com um meio ambiente equilibrado na seara laboral, com observância das normas de segurança, saúde e higiene, e seu desatendimento poderá acarretar a responsabilização daquele que tem o dever de zelar e vigiar pelo cumprimento dessas condições, o empregador.

4. Recursos tecnológicos no ambiente laboral: o direito à desconexão

Os recursos tecnológicos revolucionaram a comunicação, aplicativos como WhatsApp, Instagram e Telegram, além do Facebook, Skype, Messenger e do correio eletrônico, provocaram grandes mudanças especialmente nas relações de trabalho.

A inserção do uso de telefones móveis e de aplicativos ampliaram a possibilidade de contato entre as partes do contrato de trabalho, provocando uma indeterminação da duração da jornada de trabalho, e podendo prejudicar gravemente o descanso e o convívio social e familiar do trabalhador. As mensagens a qualquer hora, bem como as demandas enviadas ao trabalhador muitas vezes exigem respostas imediatas, em horários de intervalo, além da possibilidade de acesso ao correio eletrônico em casa, o que, pelo simples fato de ver as atividades a serem feitas e exigidas pelo empregador, quando não realizadas no momento, ainda pode gerar ansiedade, impossibilitando que o trabalhador realmente usufrua completamente do convívio familiar.

Nota-se, assim, que essa utilização de recursos tecnológicos, alguns casos até com telefones corporativos, colocando o trabalhador à disposição e possibilitando o chamamento à empresa a qualquer tempo, não acarreta diretamente o pagamento de salário ou horas extraordinárias. Apesar da indisponibilidade do trabalhador para descanso e lazer, estendendo a duração da jornada por tempo indeterminado, o Tribunal Superior do Trabalho do Brasil não considera o mero fornecimento ou a utilização de instrumentos telemáticos ou informatizados, por si só, como caracterizadores sequer de sobreaviso, entendimento expresso na Súmula n. 428, que expõe:

Súmula nº 428 do TST – SOBREAVISO APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 244, § 2º DA CLT (redação alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012

I - O uso de instrumentos telemáticos ou informatizados fornecidos pela empresa ao empregado, por si só, não caracteriza o regime de sobreaviso.

II - Considera-se em sobreaviso o empregado que, à distância e submetido a controle patronal por instrumentos telemáticos ou informatizados, permanecer em regime de plantão ou equivalente, aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço durante o período de descanso.

Para tanto, a Súmula coloca a necessidade de controle patronal conjugada com o uso de instrumentos telemáticos ou informatizados para que se considere a condição de plantão ou sobreaviso.

Esclarece-se, pois, que sobreaviso, instituto previsto no §2º do art. 244 da CLT, constitui o tempo que os trabalhadores permanecem em suas casas ou outro local no qual a empresa consiga lhes encontrar, aguardando um chamado para o serviço.

Apesar da condição do empregado, que fica aguardando ordens do empregador no caso dos institutos supramencionados, as horas não são consideradas de serviço efetivo, apenas quando convocados para o trabalho.

Vislumbra-se que, conforme jurisprudência dos tribunais brasileiros, a utilização de telefones móveis não acarreta sequer o pagamento de sobreaviso, o qual, por si só, já não deveria ser pago com remuneração diferente da hora efetiva, pois nesse tempo a liberdade e a interação social não podem ser consideradas como de descanso, haja vista que a tensão de ser chamado a qualquer tempo não possibilita uma inteira desconexão e desligamento das atividades laborais, há uma limitação do direito de ir e vir, e, ainda, quando chamado no período, o tempo despendido deveria ser pago a título de hora extra, tendo em vista que o sobreaviso é colocado durante os intervalos, além da carga horária do trabalhador.

Assim, a existência de um direito que coloca o empregado aguardando ordens da empresa, mas excepciona os dizeres do artigo 4º da CLT, que considera como de serviço efetivo todo o período em que o empregado esteja à disposição do empregador, é desconsiderar a finalidade dos intervalos e repousos essenciais à saúde e interação social do trabalhador.

Da mesma forma, a possibilidade de manter o empregado à disposição, porquanto poderá ser chamado a qualquer tempo, convocados pelo telefone ou telégrafo, BIP, WhatsApp, Facebook Messenger, Instagram, Skype, celular, entre outros, coloca o trabalho como primeiro plano na vida do empregado, ou seja, devem estar sempre disponíveis para o comparecimento ao serviço, sendo que tal convocação poderá ocorrer a qualquer momento, uma expectativa real, que pode interromper as atividades familiares, educativas ou de lazer.

Tal ampliação e irrestrrição torna o meio ambiente de trabalho exaustivo e esgotante, propiciando e favorecendo o surgimento de doenças do trabalhador. Vislumbra-se, assim, uma clara ofensa ao tratamento constitucional brasileiro dado ao meio ambiente do trabalho.

Há necessidade de uma inteira desconexão, sem qualquer preocupação ou antecipação de algo que preocupe o empregado e prejudique o seu descanso, como ressalta Vólia Bomfim Cassar:

O trabalhador tem direito à “desconexão”, isto é, a se afastar totalmente do ambiente de trabalho, preservando seus momentos de relaxamento, de lazer, seu ambiente domiciliar contra as novas técnicas invasivas que penetram na vida íntima do empregado. (CASSAR, 2014, p. 625)

Essa é uma releitura constitucional democrática, ao colocar o trabalhador como o cerne do ordenamento jurídico trabalhista, o respeito aos momentos de intervalo e o convívio com a família devem ser intangíveis, para que realmente se configure uma dignidade humana, uma vida além do trabalho, ou seja, para que haja uma efetiva conciliação entre trabalho e vida pessoal.

Considerações finais

O equilíbrio e convívio social na vida do trabalhador depende da conjugação do trabalho, com o estudo, com a convivência com a família e ainda com tempo de lazer. Alcançar esse status balanceado nem sempre é tarefa simples, e demanda uma conscientização do empregador e do trabalhador para a importância de cada área.

Para tanto, a limitação da jornada de trabalho foi um grande passo para auxiliar o trabalhador, tendo sido uma das maiores vitórias conquistadas pelos homens do labor, entretanto, com os recursos tecnológicos contemporâneos esse direito vem sofrendo reflexos que afrontam diretamente o direito à desconexão, provocando um elastecimento da jornada e supressão dos intervalos interjornada e intrajornada, que são essenciais para o descanso, o lazer e a convivência social.

Esses momentos devem propiciar ao empregado uma inteira e verdadeira pausa do trabalho, não sendo plausível a utilização de correios eletrônicos, telefones móveis e aplicativos de mensagem de WhatsApp, Facebook Messenger, Telegram, Instagram Direct ou outros para comunicação de diretrizes, metas, saneamento de dúvidas ou adiantamento de serviço durante esse tempo. A preocupação em verificar essas mensagens ou o correio eletrônico fazem com que o trabalhador não usufrua de um real descanso, causando prejuízos sociais e até biológicos. Por isso, a utilização de celular, aplicativos de mensagens e até a obrigação de constante acesso a correio eletrônico devem ser analisados como tempo de efetivo serviço, o que provocaria uma inibição de sua utilização fora do horário de trabalho.

Há limitação do direito de ir e vir imposta por esses recursos tecnológicos, ainda que não sejam estabelecidos horários de trabalho, e apesar de não ficar necessariamente em casa, o que transparece uma falsa impressão de liberdade, o trabalhador deve sempre ficar atento ao telefone, às mensagens, ao e-mail, e recebe assim ordens, metas, prazos, chamadas para esclarecimento e confirmações, o que o coloca sempre à disposição, com jornadas longas e extenuantes, e por isso a necessidade da devida remuneração como trabalho efetivo.

A ausência de limitação da jornada de trabalho, nesse contexto tecnológico, leva ao confronto com o direito fundamental ao meio ambiente de trabalho, que expressamente garante um meio ambiente sadio e equilibrado, ou seja, atento as condições sanitárias e dignificantes do trabalhador, como previsto, por exemplo, no art. 225 da Constituição Brasileira de 1988.

Há, portanto, que voltar os olhares para o trabalhador, para que consiga conciliar vida pessoal e trabalho, com direito à desconexão para que sobressaia a dignidade humana e a valorização do trabalhador, e para que se possibilite, assim, a convivência com a família e vida além do trabalho.

Referências Bibliográficas

BASTOS, Guilherme Augusto Caputo. Teletrabalho (telework ou telecommuting): uma nova forma de ver o tempo e o espaço nas relações de trabalho. Revista Magister de Direito Empresarial. Porto Alegre, v. 10, n. 58, jan. /fev. 2014. p.26.

BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Publicada no DOU em 09 ago. 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em 23 de dezembro de 2020.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Publicada no DOU em 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 27 de dezembro de 2020.

CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do Trabalho. 10 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 18 ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2019.

JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. Direito do Trabalho. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MANUS, Pedro Paulo Teixeira. Direito do Trabalho. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MEIRELES, Edilton. A constituição do trabalho: o trabalho nas Constituições da Alemanha, Brasil, Espanha, França, Itália e Portugal. 2 ed. São Paulo: LTr, 2014.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. Proteção jurídica à saúde do trabalhador. 5. ed. (rev., atual. e ampl.). São Paulo: LTr, 2011.

SOARES, Guido Fernando Silva. Direito internacional do meio ambiente: emergência, obrigações e responsabilidade. São Paulo: Atlas, 2001.

O poder judiciário do futuro

The Courts of the Future

Oséias Pereira Silva¹

Carolina Merida²

Sumário: 1. Introdução. 2. Novas Tecnologias e o Poder Judiciário. 3. Desafios do Uso da Inteligência Artificial no Processo de Tomada de Decisões Judiciais. 4. Considerações Finais. Referências Bibliográficas.

Resumo: Este artigo se propõe a discutir os impactos da Quarta Revolução Industrial nas tomadas de decisão do Poder Judiciário. Posto que a Quarta Revolução Industrial promoveu avanços tecnológicos no Direito, como um todo, apresentaremos a influência das novas tecnologias no Poder Judiciário, especificamente nas tomadas de decisões dos julgadores no 2º grau de jurisdição e tribunais superiores brasileiros por meio da Inteligência Artificial, frente aos sistemas preditivos e a tendência de padronização dos julgamentos e tomadas de decisões dos julgadores. A pesquisa foi desenvolvida pelo método dedutivo, através de pesquisa bibliográfica, por meio de consulta a doutrinas tidas como referenciais teóricos e artigos científicos sobre o tema. Como resultado, percebeu-se que as novas tecnologias, principalmente relacionadas à inteligência artificial, tem sido implementadas nos processos judiciais que tramitam na segunda instância e nos tribunais superiores do país, influenciando no processo de tomada de decisões. Ademais, constatou-se que muito embora as novas tecnologias aplicadas ao processo judicial possam contribuir para a celeridade e efetividade da prestação jurisdicional, permanece necessária a intervenção do juiz no processo decisório, sob pena de inconstitucionalidade, bem como afigura-se fundamental a observância de padrões éticos, de transparência e de segurança elevados, em homenagem ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Quarta Revolução Industrial; Inteligência Artificial; Decisões Judiciais.

Abstract: This paper intends to discuss the impacts of the Fourth Industrial Revolution on the decision processes of the Judiciary. Since the Fourth Industrial Revolution promoted technological advances in Law, as a whole, we will present the influence of new technologies in the Judiciary, specifically in the decision processes of judges in the 2nd degree of jurisdiction and Brazilian higher courts using Artificial Intelligence, against predictive systems and the tendency of standardization of the judgments and decision processes of judges. The research was developed by the deductive method, based on bibliographic research, using doctrines considered as theoretical references and scientific articles on the subject. As a result, it was noticed that the new technologies, mainly related to artificial intelligence, have been implemented in the lawsuits that are pending in the second instance and in the superior courts of the country, influencing the decision-making process. Furthermore, it was found that although the new technologies applied to the judicial process may contribute to the speed and effectiveness of the judicial provision, the judge's intervention in the decision-making process is necessary, under penalty of unconstitutionality, as well as the observance of high ethical, transparency and security standards, in accordance with the principle of human dignity.

Keywords: Fourth Industrial Revolution; Artificial Intelligence; Judicial Decisions.

1 Bacharelado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Rio Verde – GO (UNIRV). E-mail: oseiaspsilva@outlook.com

2 Doutoranda em Direito Público na Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), Mestre em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento pela PUC/GO, Professora Adjunta da Faculdade de Direito da Universidade de Rio Verde (na graduação e pós-graduação). Procuradora do Município de Rio Verde, Goiás. E-mail: merida@unirv.edu.br

1. Introdução

A Quarta Revolução Industrial introduziu mudanças abruptas e radicais na história da humanidade. O avanço tecnológico chegou para transformar o mundo físico e digital, trazendo as tecnologias inteligentes, que passaram a se inserir no direito, destacando-se seu uso para a tomada de decisões pelo Poder Judiciário.

A Inteligência Artificial já é aplicada no Poder Judiciário brasileiro, por intermédio da utilização de softwares, robôs e máquinas que possuem grande capacidade de automatizar processos nos Tribunais, através de projetos já implantados no STF, TST, TJDFT, TJPE.

A automação dos processos judiciais se justifica em virtude do congestionamento das ações que tramitam perante o Poder Judiciário tupiniquem, evidenciado no Relatório da Justiça em números de 2019 publicado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) em 2020³.

Nessa conjuntura, a presente pesquisa, desenvolvida pelo método dedutivo, e propõe a investigar os principais aspectos e impactos dessas novas tecnologias no Poder Judiciário brasileiro, bem como debater a constitucionalidade das decisões proferidas com o uso de inteligência artificial, notadamente quando padronizadas.

2. As Novas Tecnologias e o Poder Judiciário

A Quarta Revolução Industrial, em conjunto com a conectividade digital possibilitada por tecnologias de software, está mudando profundamente a sociedade. A escala do impacto e a velocidade das mudanças fazem com que a transformação seja diferente de qualquer outra revolução industrial da história da humanidade⁴.

Ao propor o uso de um conjunto de tecnologias para integrar o mundo físico e digital, a Quarta Revolução Industrial vem aparelhada com tecnologias como a Inteligência Artificial, a Internet das Coisas (IoT, na sigla em inglês) e a robótica. Muitas dessas inovações estão apenas no início, mas já estão chegando a um ponto de inflexão de seu desenvolvimento, pois elas constroem e amplificam umas às outras, fundindo as tecnologias dos mundos físico, digital e biológico⁵.

A Inteligência Artificial simula a capacidade humana de raciocinar, tomar decisões e resolver problemas, enquanto a IoT possibilita que os objetos físicos estejam conectados à internet, podendo executar de forma coordenada uma determinada ação⁶.

Importa salientar, ainda, que a compreensão do funcionamento da Inteligência Artificial pode ser verificada por meio de duas abordagens: Inteligência Artificial fraca e Inteligência Artificial forte. Na primeira, programas apenas seriam capazes

3 O Poder Judiciário finalizou o ano de 2019 com 77,1 milhões de processos em tramitação. Cfr. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Relatório Justiça em Números 2020: ano-base 2019. Brasília: CNJ, 2020.

4 SCHWAB, K. A Quarta Revolução Industrial. Tradução Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016.

5 Cfr. SCHWAB, K. A Quarta Revolução Industrial. Tradução Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016.

6 Cfr. CORREA, H. L. A Indústria 4.0 e suas implicações para as cadeias de suprimentos. Revista Mundo Logística, 2019 (inprint). Disponível em: <https://www.researchgate.net/profile/Henrique_Correa/publication/329874318_A_Industria_40_e_suas_implicacoes_para_as_cadeias_de_suprimento/links/5c1e90e892851c22a33fcf44/A-Industria-40-e-suas-implicacoes-para-as-cadeias-de-suprimento.pdf>. Acesso em: 26 abr. 2020.

de simular a mente humana – criar um modelo. Já a segunda, é aquela capaz de competir ou mesmo superar a mente humana em qualquer atividade, sem ter sido, portanto, projetada para uma função específica e bem delimitada.

As ferramentas informáticas que emulam a Inteligência Artificial ou que executam funções a ela relacionadas, tais como raciocínio, aprendizagem, adaptabilidade, percepção e interação com o meio físico, diferentemente da rigidez da programação computacional clássica, visam a dotar os sistemas computacionais com capacidade de criatividade, adaptabilidade e comportamento autônomo, tais como machine learning (aprendizagem de máquina) e deep learning (aprendizagem profunda)⁷, por meio de redes neurais artificiais⁸, processamento da linguagem natural (natural language processing) e análise de grandes conjuntos de dados (big data).

Com o surgimento e a utilização de novas tecnologias na sociedade, é notória a inserção de inovações tecnológicas no mundo jurídico. A este respeito, Pinto⁹ ressalta que:

No Brasil, um bom exemplo de aplicabilidade de sistemas inteligentes no Direito é a elaboração de peças processuais pelo programa Dra. Luzia. Desenvolvido pela Legal Labs, seu objetivo é auxiliar procuradorias da Fazenda Pública ligadas ao ajuizamento de execuções fiscais. Ele extrai dados públicos que apoiam o peticionamento individual ou em bloco e efetua uma melhor gestão de tais processos em seu acompanhamento. Além disso, deve-se mencionar o importante projeto de pesquisa e desenvolvimento de aprendizado de máquina (machine learning) sobre dados judiciais das repercussões gerais do Supremo Tribunal Federal (STF). Chamado Victor, o programa foi desenvolvido pelo próprio STF em convênio com a Universidade de Brasília.

De fato, a Justiça brasileira vem protagonizando importantes avanços na direção da revolução digital. A tecnologia constitui uma grande aliada no aprimoramento do ambiente institucional judicial brasileiro, trazendo a esperança de uma justiça mais célere, efetiva e capaz de transmitir maior segurança jurídica a todos os jurisdicionados¹⁰.

No processo de transformação do processo físico ao digital, as ferramentas tecnológicas desenvolvidas estão inseridas quase exclusivamente no âmbito da automação. Pouco mais de cinco sistemas de tecnologia digital do judiciário são aplicados nos vinte e sete Tribunais de Justiça estaduais brasileiros, destacando-se

7 Cfr. TACCA, A.; ROCHA, L. S. Inteligência artificial: reflexos no sistema do Direito. Revista do Programa e Pós-Graduação em Direito da UFC, Fortaleza, v. 38, n.2, jul.-dez, p. 53-68, 2018. Disponível em: <www.periodicos.ufc.br/nomos/article/view/20493/95963>. Acesso em: 20 set. 2020.

8 As redes neurais artificiais foram criadas inspiradas no funcionamento dos neurônios, por meio de unidades de processamento conectadas por ligações direcionadas e com pesos específicos, podendo estar dispostas em várias camadas. Por meio de treinamento (supervisionado por humanos ou não), essas redes têm a capacidade de reconhecer padrões, possibilitando que estes sejam aplicados a novas situações (generalização), assim como permite a classificação e agrupamento de dados. Cfr. ARTERO, Almir Olivette. Inteligência artificial: teoria e prática. São Paulo: Livraria da Física, 2009, p. 121.

9 Cfr. PINTO, H. A. “A utilização da inteligência artificial no processo de tomada de decisões: por uma necessária accountability”. Revista de Informação Legislativa (RIL), Brasília, DF, v. 57, n. 225, jan. /mar. 2020, p. 48. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/225/ril_v57_n225_p43>. Acesso em: 19 mai. 2020.

10 Cfr. ROSA, A.M.; GUASQUE, B. “O avanço da disrupção nos tribunais brasileiros”. In: LUCON, P. H. S.; NUNES, D., WOLKART, E. N. Inteligência Artificial e Direito Processual: Os Impactos da Virada Tecnológica no Direito Processual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 68.

o SAJ (Sistema de Automação do Judiciário, desenvolvido pela Softplan), e-Proc (desenvolvido pelo TRF-4), PJe (Processo Judicial Eletrônico, elaborado pelo CNJ), Projudi (Processo Judicial Digital - inaugurado como projeto-piloto da Comarca de Campo Largo/PR – foi posteriormente distribuído ao CNJ e demais Tribunais), Tucujuris (desenvolvido pelo TJAP). Esses sistemas de informática do judiciário se prestam principalmente para auxiliar o trabalho realizado pelos servidores.

No entanto, o Judiciário brasileiro tem buscado investir na ampliação do uso da Inteligência Artificial nos últimos anos, registrando-se cerca de 72 projetos de Inteligência Artificial nos tribunais em diferentes fases de implementação, dos quais 27 projetos auxiliam a verificar se o caso concreto se enquadra no artigo 332 do Código de Processo Civil (CPC/2015), que prevê que o juiz julgará liminarmente improcedentes pedidos que contrariem súmulas e teses do STF e do STJ., enquanto outras ferramentas se prestam a sugerir minutas para decisões e acórdãos ou, ainda, a verificar a admissibilidade de recursos. Mazzola¹¹ aponta alguns desses robôs, sintetizando as suas principais funções:

Victor no Supremo Tribunal Federal. Somos o primeiro Tribunal Constitucional, no mundo, a usar inteligência artificial. O nome é uma homenagem ao ex-Ministro Victor Nunes Leal, que atuou de 1960 a 1969 no STF, tendo sido o primeiro magistrado da Corte a tentar sistematizar as decisões do tribunal. Em linhas gerais, o robô se utiliza do mecanismo de aprendizado de máquina (machine learning) para realizar atividades de conversão de imagens em textos no processo digital; separação de documentos, classificação das peças processuais e identificação dos temas de repercussão geral de maior incidência. Vale dizer, ele separa e classifica peças processuais para identificar os casos de recursos extraordinários ou de agravo em recursos extraordinários com acuidade de 85%.

- a) Sócrates no Superior Tribunal de Justiça. O robô ainda está em fase de testes. A ideia é permitir que seja realizado o exame automatizado do recurso e do acórdão recorrido, disponibilizando informações relevantes, como, por exemplo, se o tema se encaixa em alguma categoria de demandas repetitivas, apresentação de referências legislativas, listagem de casos semelhantes e a sugestão da decisão. Prevê a redução de 25% do tempo entre a distribuição e a primeira decisão no REsp.
- b) Bem-te-vi no Tribunal Superior do Trabalho. Atualmente, o robô analisa a tempestividade dos recursos e promove a coleta de dados estatísticos (por exemplo, o número de processos relacionados ao tema, o tempo de efetiva distribuição, entre outros). Em uma segunda fase, a ferramenta deve disponibilizar alertas acerca de eventuais impedimentos dos ministros.
- c) Poti, Clara e Jerimum no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte. O primeiro já está em funcionamento e permite a automação da penhora online, promovendo o bloqueio de valores e a respectiva transferência para uma conta judicial vinculada ao processo. Por sua vez, o robô Jerimum classifica e rotula processos, enquanto Clara faz a leitura de documentos e recomenda decisões.
- d) Ágil e Radar no Tribunal de Justiça de Minas Gerais. O primeiro monitora as distribuições de ações judiciais em todo o Estado, com o objetivo de identificar as demandas repetitivas, enquanto o segundo tem a capacidade de ler e identificar pedidos, sugerir um padrão de votos, entre outros.
- e) Sinapes no Tribunal de Justiça de Rondônia. A ferramenta é um módulo de gabinete que indica ao juiz os passos do processo, além de auxiliá-lo na elaboração de senten-

11 Cfr. MAZZOLA, M. "Processo e nova tecnologias: utilização de qr code em petições judiciais, atuação de robôs e as contribuições da inteligência artificial para o sistema de precedentes". In: LUCON, P. H. S.; NUNES, D., WOLKART, E. N. *Inteligência Artificial e Direito Processual: Os Impactos da Virada Tecnológica no Direito Processual*. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. pp. 706-707.

ças a partir da sugestão de frases, permitindo, também, que o julgador tenha acesso às decisões anteriores sobre processos com a mesma temática.

- f) Elis no Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. A ferramenta se volta às execuções fiscais e permite que o robô confira os dados da Certidão de Dívida Ativa, verifique a existência de prescrição e cheque a regularidade da competência.
- g) Alice, Sofia e Monica no Tribunal de Contas da União. São sistemas que visam, essencialmente, fiscalizar a existência de fraudes em licitações. Alice é um acrônimo para Análise de Licitações e Editais, direcionado à leitura de editais de licitações e atas de registro de preços publicados pela Administração Federal, bem como por alguns órgãos públicos estaduais e estatais, visando buscar eventuais indícios de desvios. Já Sofia é preparada para algum “furo” na análise do auditor, enquanto Monica traduz a abreviação de Monitoramento Integrado para Controle de Aquisições. É um painel que exibe todas as compras públicas, como contratações diretas e aquelas feitas por meio de inexigibilidade de licitação (quando um serviço ou produto possui apenas um fornecedor). Recentemente, o TCU criou o assistente pessoal Zello, que interage com o cidadão por meio de mensagens de texto, prestando informações sobre a atuação do Tribunal de forma prática, rápida e simples.

Atualmente existem aproximadamente 860 temas caracterizados como repercussão geral na base de dados do STF, sendo certo que por ano são analisados em torno de 80 mil processos, dos quais metade é devolvida à origem por estar associada a algum tema de repercussão geral. Nesse passo, enquanto a análise manual feita por um servidor leva, em média, 15 minutos para ser concluída; com o Victor, esse tempo foi reduzido para 10 segundos¹².

3. Desafios do Uso da Inteligência Artificial no Processo de Tomada de Decisões Judiciais

É cediço que o uso das novas tecnologias pelo Poder Judiciário envolve aspectos jurídicos e éticos que precisam ser melhor examinados, inclusive à luz dos direitos e garantias fundamentais. A este respeito, destaca-se que a Resolução n. 332 do CNJ, em seu artigo 25, exige transparência e prestação de contas quanto ao uso das novas tecnologias no processo decisório, ao estabelecer que “qualquer solução computacional do Poder Judiciário que utilizar modelos de Inteligência Artificial deverá assegurar total transparência na prestação de contas, com o fim de garantir o impacto positivo para os usuários finais e para a sociedade”¹³.

Destarte, a associação da Inteligência Artificial com o trabalho humano parece ser a fórmula adequada a ser empregada a curto e médio prazos. Se é verdade que os computadores são capazes de guardar mais informações que os seres humanos, além de identificar teses jurídicas predominantes pelos Tribunais em menor tempo, cre-se ser fundamental a capacidade humana de avaliar certas variáveis nos casos concretos (o coeficiente humano), sendo a união dessas habilidades o melhor caminho

12 Cfr. ROSA, A.M.; GUASQUE, B. “O avanço da disrupção nos tribunais brasileiros”. In: LUCON, P. H. S.; NUNES, D., WOLKART, E. N. *Inteligência Artificial e Direito Processual: Os Impactos da Virada Tecnológica no Direito Processual*. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. p.65-80.

13 Cfr. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução n.º 332, de 21 de agosto de 2020. Dispõe sobre a ética, a transparência e a governança na produção e no uso de Inteligência Artificial no Poder Judiciário e dá outras providências. DJE/CNJ, nº 274, de 25 ago. 2020, p. 4-8.

para alcançar êxitos ¹⁴, em especial a uniformização da jurisprudência¹⁵.

Contudo, sempre há o risco de a supervisão humana sobre o trabalho da Inteligência Artificial se tornar sem efeito, em decorrência da desídia do humano revisor, da sobrecarga de trabalho ou por excesso de confiança na tecnologia, em especial após um certo tempo de experiência de revisão com resultados satisfatórios, induzindo um viés de confirmação. Diante deste cenário, o julgador que deva conferir o resultado do trabalho da Inteligência Artificial pode ficar tentado a simplesmente ratificar o trabalho da máquina, como mera formalidade para validar e humanizar a decisão produzida.

Bourcier¹⁶ identifica cinco argumentos para justificar o controle das decisões automáticas:

- a) a decisão só pode provir do homem – nessa linha, justifica-se que só o ser humano é capaz de apreciar um comportamento humano, não podendo a máquina substituí-lo na atividade de julgar. Traduz um argumento filosófico, embasado nos princípios da humanidade e da responsabilidade e no temor da desumanização da decisão, bem como na ideia de que cada homem é um ser único;
- b) a decisão só pode se fundar em conhecimentos interpretados – a interpretação é uma atividade propriamente humana, máxime quando se trata de um texto normativo;
- c) nenhum modelo computacional pode representar ou prever o comportamento humano;
- d) não há decisão sem autor – a decisão autônoma tem potencial de vulnerar a competência e a responsabilidade do juiz, pois a programação do sistema pode ter a participação de terceiros, bem como porque a máquina não poderia ser autora de sua decisão, pois ou é pré-programada, ou atua apenas como assistente de quem está decidindo;
- e) determinadas situações tecnicamente simuláveis em computador devem ser excluídas do âmbito de aplicação das decisões automatizáveis.

Quanto à necessidade do coeficiente humano nas decisões proferidas pelo Judiciário, Sourdin¹⁷ explica que a tecnologia não irá substituir os juízes, “pelo menos não inicialmente”, pois são muitos os fatores que influenciam a tomada de decisões judiciais, inclusive indução, intuição e capacidade de avaliar o impacto social das decisões, posto que os pronunciamentos judiciais vão além de solucionar um caso específico, pois cumprem um importante papel na educação cívica e principalmente na orientação da sociedade.

Sob o prisma da constitucionalidade, é de relevo assinalar que o uso de robôs e da Inteligência Artificial pelo Poder Judiciário brasileiro se subordina não apenas aos princípios insculpidos no caput do 37 da Constituição Federal de 1988, mas, sobretudo, aos princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CF) e do devido processo legal (art. 5º, LIV)¹⁸, que, por sua vez, assegura a todos os jurisdicionados o direito a um processo com todas as etapas e graus de jurisdição previstos em lei,

14 Cfr. ATHENIENSE, A. R. “As premissas para alavancar os projetos de inteligência artificial na justiça brasileira”. In: FERNANDES, R. V. C.; CARVALHO, A. G. P. (Coord.). Tecnologia jurídica & direito digital: II congresso internacional de direito, governo e tecnologia. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 155-166. (E-book)

15 “Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”. Cfr. BRASIL. Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015.

16 Cfr. BOURCIER, D. Inteligencia artificial y derecho. Barcelona: Editorial UOC, 2003, p. 165-168.

17 Cfr. SOURDIN, T. “Judge v. Robot? Artificial Intelligence and judicial decision-making”. University of New South Wales Law Journal, v. 41, 2018, p. 1123. Disponível em: <www8.austlii.edu.au/au/journals/UNSWLawJI/2018/38.pdf>. Acesso em: 26 set. 2020.

18 Cfr. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, 1988.

bem como que observe as garantias constitucionais. Em suma, um processo justo¹⁹.

Não se pode esquecer, ainda, que a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, em seu artigo 8 (garantias judiciais), também determina a obrigatoriedade de os Estados-parte, entre eles o Brasil, garantirem o devido processo legal sob as aspectos formal (respeito ao conjunto de garantias processuais mínimas) e material (decisão justa).

No que se refere ao julgamento justo, cabe frisar o disposto no art. 7º da Resolução n.º 332/2020 publicada pelo CNJ²⁰:

Art. 7º As decisões judiciais apoiadas em ferramentas de Inteligência Artificial devem preservar a igualdade, a não discriminação, a pluralidade e a solidariedade, auxiliando no julgamento justo, com criação de condições que visem eliminar ou minimizar a opressão, a marginalização do ser humano e os erros de julgamento decorrentes de preconceitos.

§ 1º Antes de ser colocado em produção, o modelo de Inteligência Artificial deverá ser homologado de forma a identificar se preconceitos ou generalizações influenciaram seu desenvolvimento, acarretando tendências discriminatórias no seu funcionamento.

§ 2º Verificado viés discriminatório de qualquer natureza ou incompatibilidade do modelo de Inteligência Artificial com os princípios previstos nesta Resolução, deverão ser adotadas medidas corretivas.

§ 3º A impossibilidade de eliminação do viés discriminatório do modelo de Inteligência Artificial implicará na descontinuidade de sua utilização, com o consequente registro de seu projeto e as razões que levaram a tal decisão.

Por fim, faz-se salientar a existência dos princípios da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) sobre o uso da Inteligência Artificial, adotados em maio de 2019²¹, os quais se somam aos padrões já existentes no âmbito da OCDE com relação a temas correlatos como privacidade, gerenciamento de riscos e segurança digital, que podem ser utilizados como parâmetros de interpretação das normas aplicáveis ao Brasil, por meio da técnica de diálogo entre as fontes normativas.

19 Nesse mesmo sentido, o CPC/2015 reafirma que as decisões judiciais, ao aplicarem a lei, devem atender “aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência”.

20 Cfr. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução n.º 332, de 21 de agosto de 2020. Dispõe sobre a ética, a transparência e a governança na produção e no uso de Inteligência Artificial no Poder Judiciário e dá outras providências. DJE/CNJ, nº 274, de 25 ago. 2020, p. 4-8.

21 Em síntese: “1) A IA deve beneficiar as pessoas e o planeta ao impulsionar o crescimento inclusivo, o desenvolvimento sustentável e o bem-estar. 2) Os sistemas de IA devem ser concebidos de forma a respeitar o Estado de Direito, os direitos humanos, os valores democráticos e a diversidade, e devem incluir salvaguardas adequadas - por exemplo, permitindo a intervenção humana quando necessário - para garantir uma sociedade justa e justa. 3) Deve haver transparência e divulgação responsável em torno dos sistemas de IA para garantir que as pessoas entendam os resultados baseados em IA e possam desafiá-los. 4) Os sistemas de IA devem funcionar de forma robusta, segura e protegida ao longo de seus ciclos de vida e os riscos potenciais devem ser avaliados e gerenciados continuamente. 5) Organizações e indivíduos desenvolvendo, implantando ou operando sistemas de IA devem ser responsabilizados por seu funcionamento adequado de acordo com os princípios acima.”. Cfr. OECD. “What are the Principles on AI?”. OECD Principle Intelligence. Disponível em: <<https://www.oecd.org/going-digital/ai/principles/#:~:text=The%20OECD%20Principles%20on%20Artificial,Council%20Recommendation%20on%20Artificial%20Intelligence>>. Acesso em: 12 nov. 2020.

4. Considerações Finais

A pesquisa revela que a Quarta Revolução Industrial tem potencialidade para representar uma grande transformação na área jurídica, com a implantação de novas tecnologias pelo Poder Judiciário e influência no processo de tomada de decisões.

Diante de todo o exposto, acredita-se que o uso da Inteligência Artificial pelo Poder Judiciário brasileiro, congestionado por questões repetitivas oriundas da sociedade de massa, poderá contribuir para a celeridade e efetividade da prestação jurisdicional.

Contudo, a implantação deste tipo de tecnologia no sistema judiciário deverá observar padrões elevados de transparência, prudência, razão e ética, haja vista a necessidade de centralidade do ser humano, sujeito de direito, na relação processual.

Adicionalmente, insta destacar que, sob o ângulo constitucional brasileiro, não é possível às máquinas substituir o trabalho da inteligência humana nas atividades jurídicas essenciais, sob pena de ofensa ao primado da dignidade da pessoa humana e ao princípios do devido processo legal, mas a estes não se limitando. Nessa senda, por mais que se usem softwares e robôs, a supervisão humana, pelo magistrado, permanece constitucionalmente imprescindível.

Por fim, parece-nos fundamental que a matéria seja melhor regulamentada no âmbito infraconstitucional²², tendo-se como base o texto constitucional, os tratados internacionais de direitos humanos e os princípios da OCDE.

Referências Bibliográficas

ARTERO, Almir Olivette. Inteligência artificial: teoria e prática. São Paulo: Livraria da Física, 2009.

ATHENIENSE, A. R. “As premissas para alavancar os projetos de inteligência artificial na justiça brasileira”. In: FERNANDES, R. V. C.; CARVALHO, A. G. P. (Coord.). Tecnologia jurídica & direito digital: II congresso internacional de direito, governo e tecnologia. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 155-166. (E-book)

BOURCIER, D. Inteligencia artificial y derecho. Barcelona: Editorial UOC, 2003, p. 165-168.

BRASIL. Projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº 21/2020. Estabelece princípios, direitos e deveres para o uso de inteligência artificial no Brasil, e dá outras providências. Autoria: Eduardo Bismarck. Brasília: Câmara dos Deputados, 2020. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2236340>> Acesso em: 12 nov. 2020.

BRASIL. Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF:

²² Nesse sentido, cabe consignar que está em trâmite na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei n.º 21/2020, que visa estabelecer princípios, direitos e deveres para o uso de Inteligência Artificial no país.

Presidência da República, 1988.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Relatório Justiça em Números 2020: ano-base 2019. Brasília: CNJ, 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução n.º 332, de 21 de agosto de 2020. Dispõe sobre a ética, a transparência e a governança na produção e no uso de Inteligência Artificial no Poder Judiciário e dá outras providências. DJE/CNJ, nº 274, de 25 ago. 2020, p. 4-8.

CORREA, H. L. A Indústria 4.0 e suas implicações para as cadeias de suprimentos. Revista Mundo Logística, 2019 (in print). Disponível em: <https://www.researchgate.net/profile/Henrique_Correa/publication/329874318_A_Industria_40_e_suas_implicacoes_para_as_cadeias_de_suprimento/links/5c1e90e892851c22a33fcf44/A-Industria-40-e-suas-implicacoes-para-as-cadeias-de-suprimento.pdf>. Acesso em: 26 abr. 2020.

MAZZOLA, M. “Processo e nova tecnologias: utilização de qr code em petições judiciais, atuação de robôs e as contribuições da inteligência artificial para o sistema de precedentes”. In: LUCON, P. H. S.; NUNES, D., WOLKART, E. N. Inteligência Artificial e Direito Processual: Os Impactos da Virada Tecnológica no Direito Processual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. p. 699-711.

ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. “What are the Principles on AI?”. OECD Principle Intelligence. Disponível em: <<https://www.oecd.org/going-digital/ai/principles/#:~:text=The%20OECD%20Principles%20on%20Artificial,Council%20Recommendation%20on%20Artificial%20Intelligence>>. Acesso em: 12 nov. 2020.

PINTO, H. A. A utilização da inteligência artificial no processo de tomada de decisões: por uma necessária accountability. Revista de Informação Legislativa (RIL), Brasília, DF, v. 57, n. 225, p. 43-60, jan. /mar. 2020. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/225/ril_v57_n225_p43>. Acesso em: 19 mai. 2020.

ROSA, A.M.; GUASQUE, B. “O avanço da disrupção nos tribunais brasileiros”. In: LUCON, P. H. S.; NUNES, D., WOLKART, E. N. Inteligência Artificial e Direito Processual: Os Impactos da Virada Tecnológica no Direito Processual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. p.65-80.

SCHWAB, K. A Quarta Revolução Industrial. Tradução Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016.

SOURDIN, T. “Judge v. Robot? Artificial Intelligence and judicial decision-making”. University of New South Wales Law Journal, v. 41, p. 1104-1133, 2018. Disponível em: <www8.austlii.edu.au/au/journals/UNSWLawJl/2018/38.pdf>. Acesso em: 26 set. 2020.

TACCA, A.; ROCHA, L. S. Inteligência artificial: reflexos no sistema do Direito. Revista do Programa e Pós-Graduação em Direito da UFC, Fortaleza, v. 38, n.2, jul.-dez, p. 53-68, 2018. Disponível em:<www.periodicos.ufc.br/nomos/article/view/20493/95963>. Acesso em: 20 set. 2020.

Deficiências estruturais do poder judiciário e os desafios à efetividade dos direitos fundamentais no Brasil

Structural disabilities of Judicial Power and the challenges to the effectiveness of fundamental rights in Brazil

Clayton Santos do Couto¹

Sumário: 1. Dimensões e formas de concretização dos direitos fundamentais; 2. Deficiências estruturais no Poder Judiciário brasileiro; 3. Considerações Finais.

Resumo: A satisfação dos direitos fundamentais sociais, sob a ótica do constitucionalismo contemporâneo, perpassa, necessariamente, pela consolidação de uma organização judiciária eficiente, com maior relevância na apreciação de matérias que versem sobre Direito Constitucional e Administrativo. Assim, incumbe ao Poder Judiciário coibir lesão ou ameaça decorrente de exercício abusivo do poder, bem como deliberar sobre obstáculos à realização de direitos fundamentais sociais – em caso de ações dos outros Poderes dissonantes dos comandos do sistema jurídico constitucional. Na história brasileira, o Poder Judiciário enfrentou diversos obstáculos políticos, econômicos e ideológicos, para se consolidar como poder independente e autônomo. Entretanto, a Justiça, no país, constituída sob o signo do interesse privado, no estágio de um Estado patrimonial, enfrentou – e ainda enfrenta – dificuldades para livrar-se de alguns resquícios incompatíveis com a república e a democracia, ideais estes que se pretende consolidar. Neste contexto, a presente pesquisa tem como objetivo analisar a eficiência da estrutura do Poder Judiciário brasileiro na garantia dos direitos fundamentais contidos na Constituição Federal brasileira de 1988. O presente estudo pauta-se por uma moldura analítico-crítica, utilizando-se do método de pesquisa hipotético-dedutivo e a técnica de pesquisa utilizada é a de pesquisa qualitativa e indireta. A partir do estudo proposto, é possível concluir que as deficiências do Poder Judiciário brasileiro na prestação jurisdicional de direitos fundamentais têm diversas causas institucionais, econômicas e culturais e envolve razões de ordem principiológica e pragmática que dificultam o oferecimento de uma prestação eficiente e obstaculizam a efetivação dos direitos fundamentais. A racionalidade que permeia o Direito público é diversa da racionalidade do Direito privado, e essa distinção essencial é praticamente desconsiderada pela estrutura do Poder Judiciário brasileiro. Por sua vez, o modelo de jurisdição brasileiro enfrenta obstáculos em relação ao seu perfil estrutural, à instabilidade das decisões judiciais e à má formação dos magistrados. O Judiciário ainda peca pela demasiada burocracia, por falhas na organização funcional, pela falta de estrutura e pelo arcaísmo de um sistema que não está adequado ao perfil almejado pela Constituição Federal. Neste contexto, a estrutura judicial brasileira não tem acompanhado a ampliação do nível de complexidade do Direito, bem como a ampliação significativa da doutrina de Direito Constitucional e Administrativo. É necessário, portanto, aventar a possibilidade de mudanças na estrutura do Poder Judiciário que considere a efetiva satisfação dos direitos fundamentais.

Palavras-chave: Poder Judiciário brasileiro; Efetividade dos direitos fundamentais; Estrutura judiciária; Jurisdição constitucional.

Abstract: The satisfaction of fundamental social rights, from the perspective of contemporary constitutionalism, necessarily involves the consolidation of an efficient judicial organization, with greater relevance in the assessment of matters dealing with Constitutional and Administrative Law. Thus, it is incumbent upon the Judiciary to prevent injury or threat arising from the abusive exercise of power, as well as to deliberate on obstacles to the realization of fundamental social rights - in the case of actions by other Powers that do not agree with the commands of the constitutional legal system. In Brazilian history, the Judiciary has faced several political, economic and ideological obstacles to consolidate itself as an independent and autonomous power. However, Justice in the country, constituted under the sign of private interest, at the stage of a patrimonial State, faced - and still faces - difficulties in getting rid of some remnants incompatible with the republic and democracy, ideals that if you want to consolidate. In this context, this research aims to analyze the efficiency of the structure of the Brazilian Judiciary in guaranteeing the fundamental rights contained in the Brazilian Federal Constitution of 1988. An analytical-critical framework, using the method of hypothetical-deductive research, guides the present study and the research technique used is that of qualitative and indirect research. From the proposed study, it is possible to conclude that the deficiencies of the Brazilian Judiciary in the jurisdictional provision of fundamental rights have several institutional, economic and cultural causes and involve principles of a pragmatic and pragmatic nature that hinder the provision of an efficient provision and hinder the effectiveness of the fundamental rights.

¹ Doutorando e Mestre em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Professor dos cursos de graduação e Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Membro do Núcleo de Pesquisas em Políticas Públicas e Desenvolvimento Humano da Pontifícia Universidade Católica do Paraná - NUPED. Advogado. E-mail: claytoncouto@hotmail.com.

The rationality that permeates public law is different from the rationality of private law, and this essential distinction is practically disregarded by the structure of the Brazilian Judiciary. In turn, the Brazilian jurisdiction model faces obstacles in relation to its structural profile, the instability of judicial decisions and the poor training of magistrates. The Judiciary still suffers from too much bureaucracy, flaws in the functional organization, the lack of structure and the archaism of a system that is not adequate to the profile sought by the Federal Constitution. In this context, the Brazilian judicial structure has not kept up with the expansion of the level of complexity of Law, as well as the significant expansion of the doctrine of Constitutional and Administrative Law. Therefore, it is necessary to consider the possibility of changes in the structure of the Judiciary that considers the effective satisfaction of fundamental rights.

Keywords: Brazilian Judiciary; Effectiveness of fundamental rights; Judicial structure; Constitutional jurisdiction.

1. Dimensões e formas de concretização dos direitos fundamentais

Os direitos sociais, assim como todos os direitos fundamentais inseridos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, determinam uma pluralidade de posições jurídicas aos seus titulares. Significa dizer que o titular do direito pode investir-se na posição de credor da prestação estatal, como também tem direito a exigir do Estado que não turbe o exercício do seu direito, que não lhe proíba o acesso (prestação negativa).

É comum, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, atribuir-se subjetividade aos direitos em suas dimensões negativas, mas não o fazer, ou fazê-lo com menor intensidade, em sua dimensão positiva. A Constituição de 1988 foi bastante generosa na consagração desses direitos. Consoante aponta Marcelo Figueiredo, pode-se afirmar que os direitos fundamentais sociais são um bom caminho para diminuir as diferenças sociais e afirmar o desenvolvimento do ser humano em todas as suas potencialidades.²

Neste sentido, o reconhecimento jurídico-constitucional de direitos fundamentais, ainda que não seja absoluto, impõe subjetivamente ao Estado obrigações negativas, tais como a proibição de restrições de direitos desarrazoáveis ou discriminatórias.³ Ou, nas palavras de Daniel Wunder Hachem, se, de um lado, o Estado tem o dever de não intervir na vida das pessoas tomando os bens que lhes são essenciais de modo a lesar a sua dignidade (visão negativa), por outro o Poder Público tem a incumbência de ofertar à população serviços e bens materiais que propiciem uma existência digna.⁴

Com base nesta premissa, os direitos fundamentais impõem também ações positivas. A Constituição Federal brasileira de 1988 traz um amplo rol de direitos sociais com vocação prestacional: educação, saúde, trabalho, moradia, lazer,

2 FIGUEIREDO, Marcelo. O ativismo do Supremo Tribunal Federal e a ausência de critérios claros em matéria de direitos fundamentais. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 18, n. 74, p. 115.

3 CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. As políticas públicas como concretização dos direitos sociais. Revista de Investigações Constitucionais. Curitiba, vol. 6, n. 3, set./dez. 2019, p. 778.

4 HACHEM, Daniel Wunder. A utilização do mínimo existencial como critério de exigibilidade judicial dos direitos fundamentais econômicos e sociais: reflexões e críticas. Revista do Direito, Santa Cruz do Sul, n. 40, p. 90-141, ago-out. 2013, p. 95-96. Adriana da Costa Ricardo Schier destaca que o Estado também não poderá lesar as condições já asseguradas ao povo, tratando-se de um verdadeiro dever de não agir, caracterizando uma ação negativa por parte do Poder Público. Essas ações visam evitar o retrocesso das condições proporcionadas pela efetivação de direitos fundamentais e são de suma importância por assegurarem esse status já alcançado pela sociedade. SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Regime jurídico do serviço público: garantia fundamental do cidadão e proibição do retrocesso social. Curitiba, 2009. 214 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, 2009, p. 152.

segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, assistência aos desamparados, para além daqueles com feições de direitos de liberdade.

A realidade, porém, impõe limites à concretização dos direitos sociais prestacionais, especialmente em razão da escassez de recursos em relação às muitas necessidades a serem satisfeitas. Deste modo, não é possível efetivar ampla e completamente os direitos sociais de forma imediata, mas, por outro lado, um mínimo de eficácia deve ser atribuído a esses direitos, em virtude de sua fundamentalidade formal e material, sua relação intrínseca com a dignidade da pessoa humana, por serem pressupostos ao exercício de dos direitos de liberdade, e porque se propugna por uma liberdade real e não formal⁵.

A relação entre os direitos sociais e as políticas públicas que procedem à sua realização prática é de extrema importância, pois reside nas políticas públicas a efetiva valorização estatal dos designados direitos sociais não poucas vezes depreciados. Ao levar em conta essa perspectiva, os direitos fundamentais definem-se e aplicam-se como uma espécie de marco ou programa que guia ou orienta as políticas públicas dos Estados ao contribuir para as instituições democráticas.⁶ Todavia, a despeito do papel do Executivo na formulação e implementação de políticas públicas, cumpre sustentar a possibilidade de o Poder Judiciário fiscalizar a constitucionalidade e a legalidade de políticas públicas de direitos sociais ao exercer um papel de elemento catalisador, considerando que o controle será mais ou menos intenso em função das características concretas de cada caso. O Poder Judiciário aparece, portanto, como um verdadeiro ator silencioso na conformação de políticas públicas ao acabar por “obrigar as diversas entidades como a própria Administração Pública, o legislador, os grupos de interesse e os movimentos sociais que representam os desfavorecidos queixosos, a interagir entre elas”.⁷

A partir da possibilidade de controle jurisdicional das políticas públicas, o Estado assume um dever duplo no âmbito de todos os direitos fundamentais ao se traduzir na realização de políticas públicas de direitos sociais que serão materializadas tanto por atuações normativas, como a aprovação de leis, como por atuações fáticas, ligadas normalmente à execução dessas leis. O Estado, portanto, encontra-se

5 É neste contexto que a doutrina e a jurisprudência reconhecem o direito ao mínimo existencial, corresponde ao direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado e que ainda exige prestações estatais positivas. Portanto, o tratamento teórico do direito ao mínimo existencial mostra-se útil como uma contribuição para a construção de sua fundamentação constitucional e a compreensão de suas potencialidades. HACHEM, Daniel Wunder. A utilização do mínimo existencial como critério de exigibilidade judicial dos direitos fundamentais econômicos e sociais: reflexões e críticas. *Revista do Direito*, Santa Cruz do Sul, n. 40, p. 90-141, ago-out. 2013, p. 95-96

6 CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. As políticas públicas como concretização dos direitos sociais. *Revista de Investigações Constitucionais*. Curitiba, vol. 6, n. 3, set./dez. 2019, p. 774.

7 SAMPAIO, Jorge Silva. O controle jurisdicional das políticas públicas de direitos sociais. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 475. Merece destaque, entretanto, a ressalva feita por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, no sentido de que parte da doutrina rejeita a possibilidade de controle jurisdicional das políticas públicas, sustentando, ao defender esta posição, a falta de legitimidade do Poder Judiciário para o controle ao substituir a discricionariedade administrativa e a discricionariedade do legislador pela discricionariedade do juiz, a ausência de idoneidade técnica do Poder Judiciário em matéria de destinação dos recursos orçamentários, a ocorrência de insegurança jurídica na atuação ilegítima do Poder Judiciário nas políticas públicas e a infringência ao princípio da separação dos poderes com a invasão do Poder Judiciário na esfera de atribuições dos outros poderes (Legislativo e Executivo). DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 31. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 936-941.

jurídico-constitucionalmente comprometido, de um lado, com um dever de proteção dos direitos fundamentais e, de outro, com um dever de promoção desses mesmos direitos.⁸

2. Deficiências estruturais no Poder Judiciário brasileiro

Apesar do conhecido e repetido postulado da separação de poderes, é perceptível, ao longo da história, uma nítida e constante supremacia do Legislativo e Executivo. Ambos ocuparam uma posição central na cena política. Ao Poder Judiciário restou um papel secundário e tímido, cuja explicação em parte está na circunstância de ser um poder reativo e não ativo, cuja atividade praticamente sempre esteve condicionada à provocação pelo cidadão.⁹

Na história brasileira, o Poder Judiciário enfrentou diversos obstáculos políticos, econômicos e ideológicos, para se consolidar como poder independente e autônomo. A Constituição Federal de 1988, numa tentativa de corrigir algumas incorreções históricas, prestigiou o Poder Judiciário, reforçando o monopólio da função jurisdicional. Entretanto, a Justiça, no país, constituída sob o signo do interesse privado, no estágio de um Estado patrimonial, enfrentou – e ainda enfrenta – dificuldades para livrar-se de alguns resquícios incompatíveis com a república e a democracia, ideais estes que se pretende consolidar.

As deficiências do Poder Judiciário na prestação jurisdicional têm diversas causas institucionais, econômicas e culturais. Este é um assunto recorrente na doutrina brasileira. Entretanto, como recorte metodológico para a tratativa do tema, é importante destacar como algumas razões de ordem principiológica e pragmática que dificultam o oferecimento de uma prestação eficiente e, por consequência, obstaculizam o desenvolvimento do país.

Principiológica no sentido de que a racionalidade que permeia o Direito público é diversa da racionalidade do Direito privado, e essa distinção essencial é praticamente desconsiderada pela estrutura do Poder Judiciário. As ações de Direito público impõem o respeito ao princípio da supremacia do interesse público e, nesta senda, atribuir casos que envolvem o interesse público para uma jurisdição que não está capacitada para tratar especificamente desta racionalidade é um problema que precisa ser enfrentado. Ainda, é preciso ter-se em vista que o tratamento dado a processos que envolvam interesses individuais não deve ser o mesmo dado a lides que se refiram a interesse público.

Por sua vez, o modelo de jurisdição brasileiro enfrenta obstáculos que são de ordem pragmática, entre eles o perfil estrutural, a instabilidade das decisões judiciais e a má formação dos magistrados.

Em relação ao perfil estrutural, poucas foram as mudanças introduzidas pela Constituição Federal de 1988, sobretudo antes da Emenda Constitucional nº 45/2004. Há um descompasso entre o papel outorgado pela Constituição ao Judiciário –

8 NOVAIS, Jorge Reis. Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 261–262.

9 TAVARES, André Ramos. Reforma do Poder Judiciário: reflexões gerais e síntese do caso brasileiro. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais (RBEC), Belo Horizonte, ano 4, n.º 14, abril-junho/2010, p. 105.

coerente com uma magistratura democrática – e a sua estruturação que, por vezes, não guarda coerência com as próprias premissas.¹⁰ O Judiciário ainda peca pela demasiada burocracia, por falhas na organização funcional, pela falta de estrutura e pelo arcaísmo de um sistema que não está adequado ao perfil almejado pela Constituição Federal.

Outra razão de ordem pragmática que contribui para a ineficiência da prestação jurisdicional no Brasil é a instabilidade nas decisões judiciais. Sob a óptica de eficiência, reconhece-se a necessidade de que o sistema de justiça seja dotado de segurança jurídica, no sentido de ser previsível, cognoscível e confiável.

Entretanto, embora tenha havido esforços para minimizar a imprevisibilidade das decisões judiciais, a ausência de segurança jurídica é uma realidade que chega a comprometer o desenvolvimento econômico do país. André Franco Montoro Filho, com apoio nas lições de Douglas North, afirma que o Brasil foi prejudicado pela falta de instituições que garantissem a segurança jurídica. O Brasil e outros países da América Latina com grande potencial, como México e Argentina, ficaram para trás em relação aos Estados Unidos devido ao modelo ineficiente herdado dos portugueses e espanhóis. Sobre a instabilidade do Poder Judiciário no Brasil, André Franco Montoro Filho aponta como causa a falta de confiança nos tribunais, a morosidade do processo e a politização das decisões judiciais.¹¹

A má-formação dos magistrados é outro fator de ordem pragmática que contribui para alargar a ineficiência do Judiciário.

Em especial, há um despreparo dos magistrados para enfrentar questões novas (não repetitivas), conflitos metaindividuais, tutela da Constituição e humanização do Direito,¹² e parte da causa desta deficiência está relacionada a razões históricas e culturais. No Brasil, a política de formação de magistrados impõe à Universidade o dever de produzir juízes preparados, bem como de uma estrutura judiciária que desconsidera as diferentes nuances e peculiaridades entre as diversas áreas do Direito, priorizando uma formação generalista. Não obstante, ainda há uma resistência a assimilar a ideia de que não é tarefa da Universidade oferecer à República juízes prontos e acabados, entendendo que o conhecimento do bacharel é a técnica suficiente para o desempenho da função judicante.¹³ No mesmo sentido, Boaventura de Souza Santos observa que paira uma ideia de que o magistrado que se forma na faculdade de Direito está formado para a vida toda, o que, por si só, é um erro.¹⁴

10 Ressalta Maurício Corrêa de Moura Rezende que persistem na Constituição Federal de 1988 uma série de instrumentos institucionais de modelos de magistraturas idealmente superadas, tais como a nomeação política para os Tribunais Superiores e para o Quinto Constitucional, o que também despreza a consolidação da carreira. REZENDE, Maurício Corrêa de Moura. *Democratização do Poder Judiciário no Brasil*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2018, p. 114-115.

11 MONTORO FILHO, André Franco. O preço da incerteza: por que a insegurança jurídica ameaça emperrar o desenvolvimento econômico? In: Instituto Brasileiro de Ética Concorrencial. *Direito e Economia*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 11-18.

12 TAVARES, André Ramos. Reforma do Poder Judiciário: reflexões gerais e síntese do caso brasileiro. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais (RBEC)*, Belo Horizonte, ano 4, n.º 14, abril-junho/2010, p. 105.

13 REZENDE, Maurício Corrêa de Moura. *Democratização do Poder Judiciário no Brasil*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2018, p. 196.

14 Segundo o autor, a formação da faculdade é uma formação genérica, que deve ser complementada com formações especializadas, até mesmo porque também persiste uma noção de que a Faculdade de Direito forma advogados, havendo até mesmo um desinteresse da Universidade em formar juízes. SANTOS, Boaventura de Souza. *Para uma revolução democrática da justiça*. 3 ed. São Paulo: Cortez, 2011, p. 95.

Todas essas deficiências do Poder Judiciário apontadas se confrontam com um fato que, conquanto não seja uma das causas da ineficiência da prestação jurisdicional, em muito contribui para a sua perpetuação: a falta de estudos técnicos e aprofundados para viabilizar o enfrentamento dos problemas de ordem principiológica e pragmáticas mencionados.

Embora crescente o número de pesquisas nesta matéria, a raridade de estudos e estatísticas aprofundadas sobre a qualidade da prestação jurisdicional brasileira é sintomática e contrasta com a importância dos resultados obtidos nos estudos já realizados. São investigações que viabilizam um instrumental importante para a formulação de políticas judiciárias e tomada de decisões eficientes.

A título elucidativo, o relatório intitulado “100 maiores litigantes”, elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça, apresenta não apenas uma lista dos principais litigantes no Brasil, mas também um conjunto de análises sobre as dimensões possíveis de serem exploradas com os dados atualmente disponíveis, com o intuito de identificar os principais demandantes, com vistas a “suscitar o debate sobre o que pode ser feito para reduzir a excessiva litigância no Brasil”.¹⁵ Apesar de conter dados extremamente relevantes, o relatório foi elaborado em apenas duas edições, sendo a última delas com dados referentes ao ano de 2011, o que demonstra um certo desapeço pela elaboração de pesquisa estatística de qualidade no âmbito do Poder Judiciário.

Alguns dados obtidos por meio da última edição do relatório apontam que, entre 10 maiores setores litigantes no ano de 2011, os setores públicos federal, municipal e estadual ocupam, respectivamente, o primeiro, terceiro e quarto lugares, sendo responsáveis por 22,77 (vinte e dois, vírgula setenta e sete por cento) dos processos ingressados entre 1º de janeiro e 31 de outubro de 2011. A análise dos dados aponta para a necessidade de se repensar os problemas de acesso à tutela jurisdicional administrativa a partir das características dos maiores litigantes.

De fato, um dos mais importantes elementos de análise do sistema jurídico contemporâneo é o reconhecimento da ampliação significativa do papel do Poder Judiciário como agente social interventor. Não só os fenômenos do ativismo jurídico e da judicialização da política estão em franca ascensão,¹⁶ mas também fenômenos disruptivos como o Lawfare e o moralismo político.¹⁷ A mera discussão teórica sobre os limites do controle da discricionariedade administrativa não parece conseguir respostas satisfatórias. Parece, portanto, bastante justificável um estudo que ultrapasse a hermenêutica jurídica e foque na organização do Estado a partir do Poder Judiciário.

15 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. 100 Maiores Litigantes 2012. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/100_maiores_litigantes.pdf. Acesso em: 20 abr. 2020.

16 LEAL, Mônia Clarissa Henning; GERVASONI, Tássia Aparecida. Judicialização da política e ativismo judicial na perspectiva do Supremo Tribunal Federal. Curitiba: Multideia, 2013.

17 ZANIN, Cristiano; MARTINS, Valeska; VALIM, Rafael. Lawfare: uma introdução. São Paulo: Contracorrente, 2019. GABARDO, Emerson. Os perigos do moralismo político e a necessidade de defesa do direito posto na Constituição da República de 1988. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional. ano 17, n. 70, out./dez., 2017.

3. Considerações finais

A estrutura judicial brasileira não tem acompanhado a ampliação do nível de complexidade do Direito, bem como a ampliação significativa da doutrina de Direito Constitucional e Administrativo. É necessário, portanto, aventar a possibilidade de mudanças na estrutura do Poder Judiciário que considere a distinta racionalidade entre Direito Público e Privado.

Para além de lucubrar a respeito das deficiências do Poder Judiciário na prestação jurisdicional, é preciso pensar mecanismos institucionais que o façam atuar para cumprir esse papel a contento. Uma alternativa possível é a implantação de um modelo de jurisdição com traços característicos do Direito Administrativo e Constitucional, que tenha como característica principal o fato de que os atos da Administração Pública sejam submetidos a julgamento por um órgão especialmente criado para tal função.

A despeito da proposta de reestruturação do sistema jurisdicional, é imperioso reconhecer o progresso e a efetividade na garantia do acesso à Justiça por mecanismos não jurisdicionais, como ocorre com a conciliação, mediação e arbitragem, em consonância com a ideia de que não se pode mais tratar o Poder Judiciário como única forma de acesso à justiça.

Referências bibliográficas

BACELLAR, Roberto Portugal. Sustentabilidade do Poder Judiciário e a mediação na sociedade brasileira. In: SOUZA, Luciane Moessa (Org.). Mediação de conflito: novo paradigma de acesso à justiça. 2. ed. Santa Cruz do Sul: Essere Nel Mondo, 2015.

BRASIL. Regimento Interno do Conselho Nacional de justiça. Resolução nº 67 de 3 de março de 2009. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/compilado182017202003205e7509613159c.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2020.

CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. As políticas públicas como concretização dos direitos sociais. Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, vol. 6, n. 3, set./dez. 2019, p. 774.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 31. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

FIGUEIREDO, Marcelo. O ativismo do Supremo Tribunal Federal e a ausência de critérios claros em matéria de direitos fundamentais. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 18, n. 74.

GABARDO, Emerson. Os perigos do moralismo político e a necessidade de defesa do direito posto na Constituição da República de 1988. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional. ano 17, n. 70, out./dez., 2017.

HACHEM, Daniel Wunder. A utilização do mínimo existencial como critério de exigibilidade judicial dos direitos fundamentais econômicos e sociais: reflexões e críticas. Revista do Direito, Santa Cruz do Sul, n. 40, p. 90-141, ago-out. 2013.

LEAL, Mônia Clarissa Henning; GERVASONI, Tássia Aparecida. Judicialização da política e ativismo judicial na perspectiva do Supremo Tribunal Federal. Curitiba: Multideia, 2013.

MONTORO FILHO, André Franco. O preço da incerteza: por que a insegurança jurídica ameaça emperrar o desenvolvimento econômico? In: Instituto Brasileiro de Ética Concorrencial. Direito e Economia. São Paulo: Saraiva, 2008.

NOVAIS, Jorge Reis. Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

REZENDE, Maurício Corrêa de Moura. Democratização do Poder Judiciário no Brasil. São Paulo: Editora Contracorrente, 2018.

SAMPAIO, Jorge Silva. O controle jurisdicional das políticas públicas de direitos sociais. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

SANTOS, Boaventura de Souza. Para uma revolução democrática da justiça. 3 ed. São Paulo: Cortez, 2011.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Regime jurídico do serviço público: garantia fundamental do cidadão e proibição do retrocesso social. Curitiba, 2009. 214 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, 2009.

TAVARES, André Ramos. Reforma do Poder Judiciário: reflexões gerais e síntese do caso brasileiro. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais (RBEC), Belo Horizonte, ano 4, n.º 14, abril-junho/2010.

ZANIN, Cristiano; MARTINS, Valeska; VALIM, Rafael. Lawfare: uma introdução. São Paulo: Contracorrente, 2019.

Inteligência artificial e discriminação algorítmica

Artificial Intelligence and algorithmic bias

Tales Schmidke Barbosa¹

Sumário: 1. Introdução. 2. Um breve conceito de inteligência artificial; 3. Discriminação algorítmica; 4. Indelegabilidade das decisões humanas; 5. Considerações finais.

Resumo: As conquistas obtidas com o auxílio de ferramentas de Inteligência Artificial (IA) são inegáveis. A realidade atual convive com uma crescente implementação de artefatos de análise de comportamento humano por meio dessa modalidade de tecnologia, sendo inegável também que as máquinas representam perigo à autonomia dos seres humanos, como indivíduos, e podem gerar mecanismos potencialmente discriminatórios em razão da possibilidade de manejo perverso de algoritmos. A regulação estatal sofisticada é condição urgente para sustentar o próprio papel evolutivo da Inteligência Artificial e garantir a defesa do humano ao revés dos danos que a IA está propensa a ocasionar. A pretendida regulação da inteligência artificial deve ser pautada em orientações éticas convergentes com que foi publicado pela Comissão Europeia, que traz como imperativo ético as raízes dos direitos fundamentais para além do cumprimento formal das legislações existentes. A explicabilidade, um dos imperativos das orientações éticas para uma inteligência artificial de confiança, se mostra de extrema relevância como critério oponível aos mecanismos discriminatórios. Embora as tecnologias da inteligência artificial sejam apresentadas como neutras elas não o são, sendo algumas das tecnologias utilizadas inclusive para modulações de comportamento humano obtidas com perfil da extração de dados, construindo-se um mundo perfeito de consumos personalizados e muitas vezes discriminatórios.

Palavras-chave: Inteligência artificial; Discriminação algorítmica; Explicabilidade.

Abstract: The gains obtained with Artificial Intelligence (AI) tools are undeniable. The current reality coexists with the growing implementation of devices for human behavior analysis through this kind of technology, and it is also undeniable that machines represent a threat to the autonomy of human beings as individuals and can generate potentially discriminatory mechanisms due to the possibility of malicious management of algorithms. The state regulation is an urgent requirement to support the evolutionary role of Artificial Intelligence and guarantee the defense of the human against the damage that AI is prone to cause. The intended regulation of artificial intelligence must be ruled by the ethical guidelines converging with those published by the European Commission, which brings as an ethical imperative the roots of fundamental rights beyond formal compliance with existing legislation. Explainability, one of the imperatives of the ethical guidelines for a reliable artificial intelligence, is an extremely relevant criterion that may be opposed to discriminatory mechanisms. Although artificial intelligence technologies are presented as neutral, they are not, and some of the technologies used are even used for human behavior modulations obtained through the profile of data extraction, building a perfect world of personalized and often discriminatory consumption.

Keywords: Artificial intelligence, Algorithmic bias, Explainability.

¹ Mestrando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. Especialista em Direito do Estado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS. Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Direito Tributário – IBET. Advogado e Consultor em Direito Público. E-mail: tales@tbarbosa.com.br Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0348263639766304>

1. Introdução

É evidente que o avanço da Inteligência Artificial pode trazer grandes benefícios para a humanidade, desde que resguardada a defesa da condição humana e do desenvolvimento sustentável em todas as suas dimensões.

O sistema algorítmico de aprendizagem, utilizado para solucionar possíveis problemas e auxiliar na tomada de decisões por meio de previsões e probabilidades, podem produzir resultados discriminatórios e refletir preconceitos já existentes, principalmente pela utilização de correlações e não de causalidades.

Tudo isso aqui discutido adquire uma maior complexidade quando consideramos um desenvolvimento atual da ciência da computação no campo da IA (Inteligência Artificial), principalmente quando analisamos aprendizagem das máquinas, denominado pelos cientistas da computação de Machine Learning, que pode “mudar as regras do jogo”. Ou seja, o algoritmo inteligente faz uma espécie de previsão com base nos acontecimentos pretéritos e poderá estimar uma probabilidade futura.

Os métodos estatísticos utilizados no processamento de dados por algoritmos pode reproduzir vieses já existentes e levar a resultados discriminatórios, até porque nexos de causalidade e correlações muitas vezes são definidos pelos controladores de dados, que acabam transmitindo muitos vieses existentes nos processos tradicionais de tomadas de decisões.

O processo decisório automatizado deve, antes de tudo, ser utilizado para superar tendências de enviesamentos e discriminação, sendo crucial que o mecanismo tenha também como objetivo evitar associação com generalizações inconsistentes.

Nessa senda é que a investigação dessa problemática será levada a efeito, no presente estudo, com base na utilização da inteligência artificial cumpridora da natureza multidimensional da sustentabilidade pautada em critérios de um protocolo ético-jurídico.

O método de abordagem utilizado para realização deste trabalho é o hipotético-dedutivo, por meio de pesquisas do tipo bibliográficas e explicativas.

2. Um breve conceito de inteligência artificial

Cabe esclarecer, antes de tudo, que não faz parte do escopo do presente estudo formular uma definição sem controvérsias para a Inteligência Artificial. É muito comum encontrarmos referências a elementos da IA sem, porém, conceituá-la.

Para John McCarthy a inteligência artificial é a ciência e a engenharia de se fazer máquinas inteligentes. Está relacionada à tarefa similar de usar computadores para entender inteligência humana, entretanto IA não necessita estar restrita a métodos que são biologicamente observáveis.² Segundo o mesmo autor, sobre a IA pode haver três abordagens: IA forte, IA fraca e IA pragmática. Pela primeira abordagem, acredita-se

² Tradução livre do autor. No original, em inglês: “It is the science and engineering of making intelligent machines, especially intelligent computer programs. It is related to the similar task of using computers to understand human intelligence, but AI does not have to confine itself to methods that are biologically observable”. McCARTHY, John. What is Artificial Intelligence? Stanford University, Revised Nov. 2007. Não paginado. Disponível em: <<http://www.formal.stanford.edu/jmc/whatisai/whatisai.html>>. Acesso em: 22 nov. 2020.

que o computador possa pensar da mesma forma que os humanos. De acordo com a IA fraca, o computador só precisaria agir como se fosse inteligente. Na abordagem pragmática, não importa se as máquinas se pareçam com humanos ou não, e sim qual uso se pode fazer delas. Nas palavras de Peter Norvig e Stuart Russel³, existem quatro concepções a respeito do que seria fundamental para o conceito de IA: a hipótese segundo a qual a IA pode agir como um ser humano (abordagem do teste de Turing); a hipótese de que a IA pensa como um ser humano (abordagem da ciência cognitiva); a hipótese de que a IA pensa racionalmente (abordagem baseada nas “leis do pensamento”, com acento logicista) e a hipótese de que a IA age racionalmente (abordagem do agente racional, com ênfase nas inferências corretas).

Com o objetivo de delimitar o campo de pesquisa e facilitar a compreensão deste estudo, IA, neste trabalho, será entendida como uma criação algorítmica destinada a cumprir finalidades específicas com base no recebimento de dados objetivos (input) para gerar resultados também objetivos (outputs). Nas palavras de Freitas⁴, o ponto crítico é que os algoritmos de aprendizagem na IA são organizados com maior complexidade do que na automação, pois não apenas seguem regras como também tomam decisões, aprendendo sozinhos sobre dados coligidos.

Na tecnologia denominada Machine Learning adentram na máquina além do input e output o resultado desejado, o que torna um algoritmo capaz de tornar a relação entre dado e resultado verdadeira. É o que se chama de algoritmos inteligentes, também conhecidos como learners – são algoritmos que criam outros algoritmos.

Indiscutivelmente, independente da vertente conceitual adotada, embora a inteligência artificial albergue aspectos que a aproximam da inteligência humana⁵, existem tarefas indelegáveis que devem ser objeto de regulação estatal com a finalidade de preservar o protocolo ético-jurídico da inteligência artificial.

3. Discriminação algorítmica

Partindo-se da ideia de que a Inteligência Artificial é um sistema algorítmico, a discriminação algorítmica decorre do fato de alguém ser julgado a partir das características generalizadas de um determinado grupo, onde as características individuais de uma pessoa são desconsideradas, sendo vista apenas como membro de um dado conjunto de pessoas. A ocorrência da discriminação se torna melhor explicável quando utilizado o conceito de generalizações classificada por Schauer⁶ em consistentes (universais e não universais) e inconsistentes. As generalizações consistentes seriam as subdivididas em universais e não-universais. Nas universais

3 RUSSEL, Stuart; NORVIG, Peter. Artificial intelligence: a modern approach. 3. ed. Londres: Pearson Education Limited, 2016. P. 2-5 Apud FREITAS, Juarez; FREITAS, Thomas Bellini. Direito e inteligência artificial: em defesa do humano. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 27-28.

4 FREITAS, Juarez; FREITAS, Thomas Bellini. Direito e inteligência artificial: em defesa do humano. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 29.

5 Ibid., p. 27.

6 SCHAUER, F. Profiles, Probabilities, and Stereotypes. Cambridge: Harvard University Press, 2006 Apud SCHERTEL MENDES, Laura; MATTIUZZO, Marcela. DISCRIMINAÇÃO ALGORÍTMICA: CONCEITO, FUNDAMENTO LEGAL E TIPOLOGIA. Direito Público, [S.l.], v. 16, n. 90, dez. 2019. ISSN 2236-1766. Disponível em: <<https://portal.idp.emnuvens.com.br/direitopublico/article/view/3766>>. Acesso em: 29 nov. 2020.

tem-se como destaque o exemplo utilizado por Aristóteles de que “Todos os humanos são mortais”, o que significa que a totalidade da raça humana um dia, de fato, morre, de modo que essa generalização se mostra verdadeira em 100% dos casos. Nas não universais a generalização não se presta a descrever a totalidade de um grupo, mas sim uma característica compartilhada da maioria dos indivíduos daquele grupo. Generalizações inconsistentes são as que falham em preencher os parâmetros anteriormente definidos. Utilizamos como exemplo uma afirmação de que “arianos são impulsivos”, o que é de fácil verificação que essa não é uma característica universal, pois não há evidências de que essas pessoas sejam mais impulsivas do que aquelas nascidas em outros períodos do ano. O ponto chave da generalização é que com muita frequência os algoritmos utilizam características de um grupo para avaliar a totalidade dos indivíduos, o que é uma forma de discriminação. Isso porque os agentes ainda precisam tomar grandes decisões quando do tratamento desses dados, e consequentemente tendem a utilizar características facilmente observáveis, como gênero, raça, orientação sexual como proxies para características produtivas algorítmicas. Outro aspecto importante para chegarmos ao assunto específico que interessa para essa pesquisa é o fato de que a discriminação pode ocorrer por diferenças exógenas ou endógenas entre grupos. Nas exógenas a variável que distingue um grupo do outro é externa, e nas endógenas é interna. Para demonstrar a caracterização da discriminação endógena, utiliza-se como exemplo a contratação de profissionais mulheres para alguns cargos específicos empresariais, pois é possível afirmar que as mulheres foram, historicamente, mais envolvidas na criação dos filhos e em tarefas domésticas do que os homens. Mas esse é um resultado do fato de que a elas foram dadas menos oportunidades profissionais, consideradas por muito tempo como incompatíveis com as tarefas domésticas, e não uma característica inerente do sexo feminino que torna as mulheres menos capacitadas ou menos interessadas em oportunidades profissionais. A consequência da discriminação, nesse caso, leva à confirmação da hipótese inicial, pois estamos analisando uma variável endógena. Diferentemente, tomando-se o mercado de seguro de automóveis como exemplo, é fácil observar que o seguro para motoristas jovens do sexo masculino é mais caro do que o seguro para motoristas jovens do sexo feminino. O gênero guarda forte correlação com a taxa de acidentes de trânsito e, assim, é frequentemente utilizado para precificação. Neste segundo cenário, porém, o gênero não é uma variável endógena, mas sim exógena, pois nada no fato de que os homens pagam mais por seguros leva esse grupo a efetivamente se envolver em mais acidentes⁷. O que é possível concluir para o conceito de discriminação algorítmica é que em alguns casos, mesmo que uma classificação possa ser consistente sob o ponto de vista estatístico, pode se mostrar injusta. Laura Mendes⁸ sistematiza quatro tipos principais de discriminação algorítmica: discriminação por erro estatístico, discriminação por generalização, discriminação pelo uso de informações sensíveis e discriminação limitadora do

7 SCHERTEL MENDES, Laura; MATTIUZZO, Marcela. DISCRIMINAÇÃO ALGORÍTMICA: CONCEITO, FUNDAMENTO LEGAL E TIPOLOGIA. *Direito Público*, [S.l.], v. 16, n. 90, dez. 2019. ISSN 2236-1766. Disponível em: <<https://portal.idp.emnuvens.com.br/direitopublico/article/view/3766>>. Acesso em: 29 nov. 2020.

8 Ibid.

exercício de direitos. Na discriminação por erro estatístico o tipo de discriminação pode ser conceituado como decorrente de erro cometido pelos engenheiros ou cientistas de dados responsáveis pelo desenho do algoritmo. Discriminação por generalização é quando algumas pessoas são equivocadamente classificadas em certos grupos, de modo que, embora o algoritmo esteja correto e as informações também, ainda assim o resultado será uma generalização incorreta, na medida em que mesmo um resultado estatisticamente relevante apresentará um percentual de pessoas que não se encaixam perfeitamente naquela média. A discriminação pelo uso de informações sensíveis é assim considerada por se basear em dados ou proxies legalmente protegidos. É o que ocorre, por exemplo, quando um algoritmo utiliza informações sobre identificação religiosa de um indivíduo para designar seu credit scoring no Brasil, pois a Lei do Cadastro Positivo proíbe o uso desse tipo de informação para essa finalidade. Quando se trata da discriminação limitadora do exercício de direitos novamente pode se apresentar resultados estatisticamente corretos e relevantes, mas que ainda assim pode ser considerada discriminatório, porém o problema não advém do tipo de dado utilizado, mas da relação entre a informação utilizada pelo algoritmo e a realização de um direito. Se o direito é demasiadamente afetado, provável que o uso seja discriminatório. Feitas essas considerações com a tentativa de demonstrar as formas de generalização geradoras da discriminação algorítmica, bem como a classificação das tipologias discriminatórias, passamos as conclusões sobre o tema.

4. Indelegabilidade da decisão humana

Como criação de uma diretriz para decisão algorítmica, Freitas⁹ sugere uma tábua de diretrizes ético-jurídicas para ser utilizada como filtro vinculante da regulação da inteligência artificial. Dentre as diretrizes que o autor sugere, a indelegabilidade da decisão intrinsecamente humanada merece destaque pela relação direta e oponível à discriminação algorítmica. Com base no que preceitua Freitas, aparecem na referida tábua situações inequívocas de indelegabilidade decisórias: (a) as hipóteses em que a decisão requer a presença das virtudes entrelaçadas à justiça e à compaixão; (b) as hipóteses em que a aquiescência da possível vítima da decisão algorítmica se revelar antijurídica, como pode suceder no campo sancionatório e (c) as hipóteses em que a pontual delegação bloquearia a interligação ecossistêmica equilibrada, travando a marcha evolutiva natural da humanidade.

Na mesma tábua sugerida está elencada a supervisão humana em todas as etapas da inteligência artificial, destacando o sopesamento dos impactos algorítmicos que possui relação com a discriminação objeto do presente estudo. Não só no sopesamento, mas também a supervisão humana no projeto contribui para evitar o enviesamento das decisões algorítmicas e sua consequente caracterização discriminatória.

Em muitos casos a inteligência artificial pode reduzir os vieses decisórios, desde que exista uma supervisão determinando a presença humana como última instância, tornando passível de reversão dos critérios discriminatórios ou contra aplicações

⁹ Ibid., pag. 75.

hostis aos objetivos constitucionais.

Como orientação ética convergente ao que aqui se expõe, a União Europeia arrolou como imperativos éticos: i) respeito à autonomia humana; ii) prevenção de danos; iii) equidade; e iv) explicabilidade.¹⁰ A explicabilidade, em especial destaque, é crucial para se criar e manter a confiança dos utilizadores nos sistemas de inteligência artificial, emanando a transparência dos processos de decisões algorítmicas, visando reprimir preconceitos humanos e sociais capaz de ter seus efeitos multiplicados quando se tratar de decisões algorítmicas. O a função primordial das decisões algorítmicas é melhorar a tomada de decisões e tornar o processo mais imparcial possível com base na eliminação da subjetividade das decisões humanas, desde que, repita-se, a presença humana seja utilizada como última instância de supervisão da decisão algorítmica com liberdade de reversão.

O direito à explicação é essencial para se vislumbrar com clareza o trajeto das decisões algorítmicas e os potenciais erros presentes no processo de tomada de decisão por inteligência artificial, de modo a possibilitar que a IA se torne cada vez mais segura em suas relações da máquina com o homem, colaborando para decisões imparciais aptas a serem supervisionadas e alteradas durante o projeto ou funcionamento.

5. Considerações finais

A inteligência artificial (AI) repercute nas dimensões sociais, econômicas, ambientais, éticas, tornando crucial análise de qualquer tipo de enviesamento, que deve necessariamente ser corrigido no momento da programação da Inteligência Artificial, no curso do aprendizado (adaptabilidade), ou posteriormente. O desenviesamento evita qualquer relação da Inteligência Artificial com a discriminação algorítmica, que deve ser evitada para não inquinar aos vieses associados às predisposições estereotipantes, discriminatórias e ameaçadoras.

Da mesma forma, a governança algorítmica no uso da Inteligência Artificial deve se tornar inseparável da *accountability*, tendo-se em mente que pessoas serão afetadas pelo processo decisório e que, dessa forma, é necessário oferecer alternativas de responsabilização. De igual modo deve ser em relação a auditabilidade, que pressupõe a ideia de que um terceiro deva ser capaz de avaliar o método utilizado pelo algoritmo para chegar àquela conclusão. Como um dos princípios mais desafiadores, também a *fairness* deve ser inseparável e condição indispensável da governança algorítmica, pois é por trás desse conceito que surge a ideia de que os algoritmos não podem levar a resultados discriminatórios, chamando ao feito a necessidade de evocar a transparência para desmistificar as “caixas pretas” do sistema algorítmico e obedecer o indispensável protocolo ético-jurídico da inteligência artificial, que abarca tábua necessária de diretrizes para decisão algorítmica.

¹⁰ COMISSÃO EUROPEIA. Orientações éticas para uma IA de confiança. Bruxelas: Comissão Europeia, 2019. P.14. Disponível em: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/d3988569-0434-11ea-8c1f-01aa75ed71a1/language-pt/format-PDF>

Referências Bibliográficas

AGUILAR VIANA, Ana Cristina; FERREIRA DE MIRANDA, Carolina. Perfil algorítmico e discriminação digital: uma leitura a partir das normas europeias e brasileiras. Proteção de dados pessoais em perspectiva: LGPD e RGPD na ótica do direito comparado. Curitiba: Gedai, UFPR 2020. p. 481-504 e ISBN: 978-65-86233-51-3.

COMISSÃO EUROPEIA. Orientações éticas para uma IA de confiança. Bruxelas: Comissão Europeia, 2019. P.14. Disponível em: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/d3988569-0434-11ea-8c1f-01aa75ed71a1/language-pt/format-PDF>.

FREITAS, Juarez; FREITAS, Thomas Bellini. Direito e inteligência artificial: em defesa do humano. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

FREITAS, Juarez. Sustentabilidade: direito ao futuro. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

SCHERTEL MENDES, Laura; MATTIUZZO, Marcela. DISCRIMINAÇÃO ALGORÍTMICA: CONCEITO, FUNDAMENTO LEGAL E TIPOLOGIA. Direito Público, [S.l.], v. 16, n. 90, dez. 2019. ISSN 2236-1766. Disponível em: <<https://portal.idp.emnuvens.com.br/direitopublico/article/view/3766>>. Acesso em: 29 nov. 2020.

Globalização: um estímulo ou um obstáculo à “pobreza absoluta”

Globalization: A Stimule or an Obstacle to The “Absolute Poverty”

Francisco José Brandão Gonçalves Vieitas Lima¹

Sumário: 1. Pobreza absoluta e os direitos humanos; 2. Ordem económica mundial; 3. Distribuição inequitativa dos recursos; 4. Interesses político-económicos da pobreza; Considerações Finais; Referências Bibliográficas.

Resumo: Visa o presente ensaio uma reflexão crítica sobre os direitos humanos na arena global. Prevê um apelo ao debate necessário e construtivo debruçado num leque de nefastas consequências, decorrentes dos massivos processos de globalização, nas economias mundiais mais desfavorecidas e, consecutivamente, amplamente desconsideradas. Tem o respetivo, uma natureza pouco sensacionalista e desconfortável para, os intitulados, países ocidentais. Fomentar-se-á um diálogo multidisciplinar – uma vez que não é só de doutrina que os direitos humanos são feitos – entre o Direito e as diversas ciências sociais e económicas, intensamente interligadas. Constituem, com mais ou menos negacionismo envolto, a pobreza absoluta e a desigualdade – abrupta – mundial, segundo um ponto de partida ético-moral, violações de direitos humanos, inviabilizando o pleno exercício do direito à vida, estagnando o desenvolvimento físico e intelectual, bem como as perspetivas mais elementares para a vida, desde a possibilidade de acesso à alimentação básica e necessária, a cura de doenças facilmente evitáveis – como temos, a título de exemplo, a diarreia, uma das principais causas de morte na África subsariana, facilmente curável com uma redução do valor das patentes dos medicamentos por parte das entidades farmacêuticas mundiais – ou o acesso à água potável. São estas, intencionalmente, perpetuadas e estimuladas pelas políticas neoliberais do Fundo Monetário Internacional (FMI) e do Banco Mundial, amplamente regulados pelos países “ricos”, com base nos interesses geopolíticos dos mesmos. Conclui-se, por fim, pela existência de uma ordem económica mundial, de natureza capitalista que garante uma distribuição desigualitária dos recursos, a nível global, com base numa espécie de racismo implícito e preconceitos coloniais, altamente lacunosa, que tem falhado sucessivamente, levando à morte de mais de 18 milhões de crianças anualmente, comportando, muito provavelmente e atualmente, a principal causa de sofrimento humano, conforme nos é premiado e evidenciado pelas obras de Peter Singer e Thomas Pogge, ressaltando-se, contudo, uma construção de raciocínio mais coerente nas soluções apontadas por Pogge.

Palavras-chave: Dignidade Humana; Globalização; Pobreza Absoluta; Iniquidade;

Abstract: Having, the global issues on human rights, in consideration, I intend, with the present essay a critic reflection, an appeal to a necessary and constructive debate about the consequences from the massive globalization processes in the local economies of the poorest countries. This article has an unsympathetic and uncomfortable nature for the occidental countries. Will be here promoted a multidisciplinary dialogue between Law and the social and economic sciences, intensely interconnected. With more or less negationism, is The Absolute Poverty and the – Giant – Inequality, in global terms and with a moral-ethic perspective, a complete violation of Human Rights, starting with the full exercise of the Right to Life, causing the stagnation of the physic and intellectual development as so as the most elementary life plans and wishes, like access to basic and necessary food, the cure of diseases – like for example, diarrhea, one of the primary deaths causes in sub-Saharan African, easily preventable with a simple reduction of the price of the medicines and remedies from the pharmaceutical entities – or even, access to potable water. These violations are, intentionally, perpetuated and stimulated by the neoliberal policies of the International Monetary Fund (IMF) and the World Bank, which are largely regulated by the “rich” countries, based on their geopolitical interests. In conclusion, we can affirm the existence of a world economic order, with a capitalist nature that guarantees an unequal distribution of resources, on a global level, based on a, kind of, implicit racism and colonial prejudices. This is an order highly lacunae, which has failed successively, leading to the death of more than 18 million children annually, turning it into the most, probably and, currently main cause of human suffering, as so it is presented through the works from Peter Singer and Thomas Pogge. We can establish a more coherent thinking in Pogge, having in considerations his arguments.

Keywords: Human Dignity; Globalization; Absolute Poverty; Inequality;

¹ Licenciado em Direito pela Universidade Portuguesa Infante D. Henrique, atualmente mestrando em Direitos Humanos pela Escola de Direito da Universidade do Minho. E-mail: franciscojbgvieitas196@outlook.com

1. Pobreza Absoluta e os Direitos Humanos

Não é clara a origem, nem o fundamento, do que hoje consideramos como os direitos humanos, procurando diversas correntes responder a estas questões. Não é essa resposta a que nos propomos com o respetivo artigo, contudo, a referência à mesma torna-se essencial, para um claro compreender do seguinte. Há quem defenda a indissociabilidade destes à essência do Homem, sendo, por tal, tão antigos como o mesmo; ou quem os entenda como uma construção multicultural mais recente. Dominantemente entende-se que são, estes, fruto da cultura Ocidental, mais especificamente do Iluminismo Europeu². As políticas genocidas nazis, da Segunda Guerra Mundial, vieram ressaltar a necessidade de uma maior proteção dos direitos humanos, conferida e, resultante da intervenção da sociedade internacional, deixando de estar a salvaguarda dos mesmos exclusivamente confiada aos Estados³. Por tal, e após a génese da sociedade internacional, com mais ou menos lacunas, surge-nos, em 10 de dezembro de 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH)⁴, introduzindo um carácter universal⁵ aos direitos humanos, baseados na igualdade e dignidade humana, conforme previsto nos termos do artigo 1.º da mesma.

Tendo como ponto de referência o supramencionado, podemos agora proceder a um mais enquadrado e coerente raciocínio ético-legal quanto às vicissitudes envoltas na relação pobreza e dignidade humana. Prevê a DUDH, por força dos artigos 25º a 28º, o direito à manutenção de um determinado nível e qualidade de vida que seja adequado e necessário à satisfação das necessidades básicas, o que inclui um acesso mínimo a alimentação, habitação, a cuidados médicos e de saúde; em suma, que permitia a salvaguarda da dignidade humana. Tendo ainda em consideração a natureza universal da Declaração, todos temos direito a uma ordem social e internacional que vise salvaguardar os direitos, liberdades e garantias. Assim, a pobreza absoluta⁶ e a desigualdade mundial, quando levadas ao limite, condicionam e inviabilizam o pleno exercício do direito à vida⁷, nomeadamente no domínio do desenvolvimento físico e intelectual, comportando inevitavelmente uma condição, altamente cerceadora, que impossibilita a persecução das perspetivas humanas mais elementares; como exemplos disto destacamos o acesso à alimentação básica e necessária, a cura de doenças consideradas simples, o acesso a água potável, entre outros.

2 JERÓNIMO, Patrícia - Dos tratados filosóficos aos tratados internacionais: Uma breve história dos direitos humanos. O que são Direitos Humanos? [Em linha]. Lisboa, Escolar Editora (2019), página 1. [Consult. 2 dez. 2020]. Disponível em <http://hdl.handle.net/1822/61257>.

3 JERÓNIMO, Patrícia - Dos tratados filosóficos aos tratados internacionais: Uma breve história dos direitos humanos. O que são Direitos Humanos? [Em linha]. Lisboa, Escolar Editora (2019), páginas 19-21. [Consult. 2 dez. 2020]. Disponível em <http://hdl.handle.net/1822/61257>.

4 O texto da Declaração Universal dos Direitos Humanos, disponibilizado em <https://dre.pt/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Consultado a 15 dez. 2020.

5 Carácter este reiterado e intensificado ulteriormente a quão da Declaração e Programa De Ação De Viena, em 12 de julho de 1993. Veio prever que “All human rights are universal, indivisible and interdependent and interrelated. The international community must treat human rights globally in a fair and equal manner, on the same footing, and with the same emphasis”. O texto da Declaração e Programa De Ação De Viena pode ser consultado em https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/declaracao_e_programa_acao_viena.pdf. Consultado a 15 dez. 2020.

6 Definição empregada por Robert McNamara, enquanto 5º presidente do Banco Mundial, entre 1968 e 1981.

7 Direito humano previsto na Declaração Universal dos Direitos Humanos, nos termos do artigo 3º da mesma.

Encontra-se esta realidade abaixo de qualquer definição razoável de decência e dignidade humana. Constitui, possivelmente, a principal causa, hoje em dia, de sofrimento humano⁸, intensificado, este cenário, pelas políticas dos países ocidentais. Tendo em atenção as estatísticas reconhecidas na obra de Peter Singer⁹ – *Ética Prática* – mais de 400 milhões de seres humanos carecem, em termos alimentares, do essencial para garantir o seu desenvolvimento num estado saudável e espetável. Atualmente, milhões de pessoas vivem num estado de fome permanente, gerando tal inúmeras deficiências provocadas por carências e infeções. Esta realidade seria facilmente evitável com o recurso a um nível de alimentação mínimo¹⁰. Mais de 180 milhões de crianças – em média – encontram-se em estados de subnutrição grave¹¹, com altíssimas taxas de mortalidade infantil, existindo alguns países inclusive com uma esperança média de vida inferior a 5 anos¹². Thomas Pogge¹³, no estudo levantado pela sua obra *World Poverty and Human Rights* prevê que cerca de 46% - mais de 2800 milhões de pessoas – da população vive com menos de 2 dólares diários. Vem o Banco Mundial estipular um nível, ainda, mais baixo; uma linha, que denomina como linha da pobreza, correspondente ao mínimo de decência humana, encontrando-se abaixo desta linha mais de 1200 milhões de pessoas, que vivem com menos de 1 dólar por dia. Anualmente, mais de 18 milhões de crianças morrem prematuramente dados os altos índices de pobreza do país em questão¹⁴, correspondendo isto a cerca de 50000 mortes por dia, das quais 34000 têm menos de 5 anos¹⁵.

Robert McNamara empregou, a quão da sua presidência do Banco Mundial, o termo “pobreza absoluta” que visaria descrever um estado de pobreza extremo, independentemente da referência usada, independentemente do país em questão - contrariamente à ideia de pobreza relativa. A pobreza com a qual, em mais ou menos escala, convivemos nos países industrializados – ocidentais, capitalistas – corresponde a uma pobreza relativa. Isto é, alguns cidadãos são, efetivamente, pobres quando o ponto de referência é a riqueza que gozam os seus vizinhos. As pessoas pobres na Austrália quando comparadas com os pensionistas britânicos, vivem relativamente bem; ou ainda quando comparados com os pobres em Mali ou Etiópia. A pobreza absoluta, por sinal, é sempre pobreza, seja qual for a escala que recorramos para a medir. Esta é sim, responsável pela perda de inúmeras vidas humanas, como supramencionado, esboçando a vida nos limites da existência, abaixo dos de qualquer noção de dignidade¹⁶. A noção e a persistência da pobreza absoluta, vem violar, de entre outros, mas em concreto, o artigo 25º da DUDH que,

8 SINGER, Peter – Ricos e Pobres. In *Ética Prática*. Lisboa. Gradiva, 2000. ISBN: 978-972-662-723-4. p. 240-241.

9 Filósofo e professor australiano, estudioso das questões relacionadas com a *Ética Prática*, sob um ponto de vista utilitarista. Dirigir-me-ei ao mesmo, ao longo do Ensaio, como Singer.

10 SINGER, Peter – Ricos e Pobres. In *Ética Prática*. Gradiva: Lisboa, 2000. ISBN: 978-972-662-723-4. P. 239

11 Segundo Programa de Desenvolvimento das Nações Unidas, disponibilizado em <https://unric.org/pt/Objetivos-de-Desenvolvimento-Sustentavel/>. Consultado a 20 dez. 2020.

12 SINGER, Peter – Ricos e Pobres. In *Ética Prática*. Gradiva: Lisboa, 2000. ISBN: 978-972-662-723-4. P. 239-240.

13 Filósofo e professor alemão, desempenhando ainda funções como Diretor do Programa Global da Justiça. Dirigir-me-ei ao mesmo, ao longo do Ensaio, como Pogge.

14 Dados relativos ao ano de 2002.

15 POGGE, Thomas W. - General Introduction. In *World Poverty and Human Rights*. Polity: Malden, 2002. ISBN: 978-0745629940. p. 2-3

16 SINGER, Peter – Ricos e Pobres. In *Ética Prática*. Gradiva: Lisboa, 2000. ISBN: 978-972-662-723-4. P. 240.

por sinal, visa que todos temos direito a nível de vida suficiente para assegurar, a si e à sua família, condições mínimas de saúde e bem-estar, o que inclui alimentação, vestuário, alojamento e assistência médica. Segundo as palavras de McNamara “os pobres absolutos são seres humanos com carências gravíssimas, que lutam pela sobrevivência num conjunto de circunstâncias miseráveis e degradantes, quase inconcebíveis para a imaginação sofisticada e as condições privilegiadas de que desfrutamos”.

Como indicado, o debate sobre o tema é necessário, pretendendo o artigo fomentar um diálogo construtivo, em sede científica, a fim de o resolver. E, por tal, perguntamos, deixando à reflexão:

Como pode a pobreza extrema de quase metade da humanidade continuar a crescer e a se expandir dado todo o progresso económico e tecnológico que ferozmente enfrentamos? Mais se questiona como, e tendo em conta as normas e os valores morais iluminados, amplamente defendidos como as bases das nossas civilizações ocidentais, compactuar e permitir que esta realidade persista?

Por que é que nós, cidadãos dos Estados ocidentais desenvolvidos, não colocamos nenhum entrave moral a este paradigma social? E, finalmente, como é que um mundo e uma realidade tão fortemente dominado pelas ideologias e valores ocidentais patrocina oportunidades tão deficitárias e inferiorizadoras para tantas pessoas?

2. Ordem Económica Mundial e Globalização

Antes de mais, há que ter em atenção e consideração determinados fatores histórico-sociais que influenciam o desenvolvimento, a evolução e a interação do mundo social, em si, e dos seus valores morais. Como eventual ponto de partida remetemos para a tese do materialismo histórico de Marx que, por seu turno, vem-nos prever que as conceções globais de justiça e ética, e as suas correspondentes preocupações, são desenvolvidas e moldadas pelos interesses comuns aos grupos dominantes, e com consequente desconsideração para com as pessoas abaixo do nível de pobreza - a classe não, económica e socialmente, dominante. Tal apropriação da justiça conduz a um consequente controle dos meios de produção e das forças económicas - o capital, as tecnologias, a força de trabalho, a terra e mesmo os recursos naturais - refletindo-se e esboçando-se esta realidade nos últimos 220 anos de história, marcados pelas primeiras revoluções industriais, o colonialismo, a escravatura ou mesmo a sujeição da posição feminina. Tendo esta tese como referência, concluímos que a moralidade - em termos, digamos, mundiais - visa unicamente satisfazer os interesses daqueles que possuem capital ou, mais atualmente, as tecnologias, em consequente detrimento pelos 46% que vive abaixo de qualquer nível de dignidade ou decência¹⁷.

Sabemos que uma violação de direitos humanos implica uma relação causal ativa

17 POGGE, Thomas W. - General Introduction. In *World Poverty and Human Rights*. Polity: Malden, 2002. ISBN: 978-0745629940. p. 4-5.

entre o desrespeito por parte do agente e os direitos humanos. Sabemos ainda que tal violação pode ser efetuada diretamente pelo sujeito violador ou a nível institucional; através de políticas, imposições e disposições institucionais supraestatais que venham violar direitos humanos – destaque ainda quando a atuação das organizações supranacionais, cuja finalidade é suprir as violações de direitos humanos a nível universal, não combate e, em vez, compactua com esta realidade, regendo-se, não de forma igualitária, mas consoante interesses económicos e geopolíticos dos seus estados influentes¹⁸. Evidências comprovam uma constante violação de direitos humanos sociais e económicos básicos por parte de praticamente metade da população – população dos países desenvolvidos e denominados como “ricos” – que fomentam um regime institucional internacional que, previsivelmente, conduz a violações maciças de direitos humanos com recurso a acordos supraestatais que inviabilizam o desenvolvimento, bem como a obtenção dos recursos essenciais – dado o valor excessivo, provocado por tarifas e patentes, geradoras de margens de lucro para certas entidades –, pelas comunidades mais pobres, incapacitando-os de concorrer – economicamente, por exemplo – contra os primeiros. Tudo isto se reflete na implementação de políticas de atuação da atual ordem económica mundial, da qual usufruímos e fazemos ativamente parte, podendo-se, por tal concluir plausivelmente, que nós – cidadãos residentes em estados influentes – violamos, colaborativamente, direitos humanos dos, intitulados, pobres do mundo, constantemente¹⁹. Um exemplo desta atuação manipuladora, de controle de meios e recursos, por parte dos Estados influentes, corresponde às privações internacionais feitas ao Iraque, que conduziram à morte de mais de meio milhão de crianças em todo país, dada a impossibilidade de compra de medicamentos básicos; até à primeira Guerra do Golfo²⁰ – independentemente do regime político em vigor – o país tinha meios para oferecer condições de vida razoáveis à população, cobrindo as suas necessidades – alimentares e médicas – básicas. Independentemente do que levou à mesma, a verdade é que o bloqueio económico ao país gerou mais mortes do que a Guerra em si²¹.

É consensual a ideia de que, através da globalização se tem, gradualmente, conduzido à diminuição da pobreza global – isto, dada a criação dos fundos comunitário internacionais, e outras instituições económicas, desde o FMI ao Banco Mundial. O respetivo é, como justificaremos infra, lógica e empiricamente falso²². A pobreza mundial resulta de problemas estruturais globais dos quais, os governos

18 Exemplo disto é a impunibilidade parte do governo da Arábia Saudita, dados os interesses geopolíticos associados. Denota-se – e critica-se – um crescente uso do compromisso com os Direitos Humanos para fins geoestratégicos, uma vez que, e pondo na prática, não é qualquer violação dos Direitos Humanos que importa ir para a agenda da ONU.

19 POGGE, Thomas W. - ¿Estamos violando los derechos humanos de los pobres del mundo?. Eidos [Em linha]. Vol. 17 (2012). atual. 12 jun. 2012 [Consult. 20 dez. 2020]. Disponível em: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1692-88572012000200002 ISSN: 1692-8857.

20 Conflito bélico, ocorrido em 1991, travado entre o Iraque e as forças da Coalizão internacional, lideradas, por sinal, pelos Estados Unidos e amplamente patrocinadas pela Organização das Nações Unidas.

21 ARREAS, Virgílio Caixeta - Guerra do Golfo: a crise da nova ordem mundial. SciELO [Em linha]. Vol. 47 (2004). atual jun. 2004. [Consult. 26 dez. 2020]. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-73292004000100006 ISSN: 1983-3121.

22 POGGE, Thomas W. - ¿Estamos violando los derechos humanos de los pobres del mundo?. Eidos [Em linha]. Vol. 17 (2012). atual. 12 jun. 2012 [Consult. 20 dez. 2020]. Disponível em: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1692-88572012000200002 ISSN: 1692-8857.

dos países pobres não conseguem escapar. Estes são assim conservados por certas instituições que vêm impor um conjunto de políticas públicas aos países – políticas neoliberais – que facultam e permitem a liberdade de circulação dos capitais, criando uma espécie de ultraglobalização. Daqui resulta um impacto gigante nos referidos países, que são, por seu turno, controlados pelos padrões tipificados pelos países mais ricos, não conseguindo resistir a estas políticas²³.

Há quem, falaciosamente, argumente pela insuficiência de bens e alimentos, dada a impossibilidade da produção atendendo à densidade populacional global. É-nos permitido, com recurso às estatísticas, contradizer tal, uma vez que o problema não está na impossibilidade produtiva mas sim na inequitativa distribuição dos recursos. Os 2800 milhões de indivíduos que vivem em níveis de pobreza extrema, mencionados no capítulo supra, detêm cerca de 1,2% da receita económica global. Paradoxalmente, cerca de 903 milhões de pessoas – residentes dos ditos países desenvolvidos – possuem 80% da receita. Bastaria uma transferência de 1% dos rendimentos destes últimos para os primeiros – correspondente a 312 milhões de dólares anuais – para acabar com a pobreza absoluta. Contudo, ano após ano, denota-se uma maior polarização entre riqueza e pobreza, onde ricos ficam cada vez mais ricos e os pobres substancialmente mais pobres²⁴.

Simultaneamente, expeca-se uma ideia otimista – também completamente lacunosa, por sinal – de que não temos que lidar com este problema, de que o mesmo já está resolvido. A erroneidade deste argumento é comprovada pela experiência empírica. Segundo os dados e estatísticas da Organização das Nações Unidas (ONU) este problema está-se a “resolver” a ritmo intoleravelmente lento, solicitando a mesma a possibilidade de um dever em acelerar a resolução deste problema, uma vez que estamos a falar de pessoas que morrem constante e diariamente por falta de condições básicas. A Agenda até 2030 da ONU tem como prioridade acabar com a pobreza em todas as suas formas e em todos os lugares – reconhecendo inclusive esta como uma das principais causas de sofrimento atualmente – constituindo o maior desafio que o mundo enfrenta, sendo a sua erradicação um requisito indispensável para um desenvolvimento sustentável²⁵.

Singer²⁶, com recurso a um pensamento extremamente utilitarista e consequencialista, vai mais longe, atribuindo responsabilidades individuais aos cidadãos, nomeadamente a título de doações, para com os países mais pobres a fim de erradicar a pobreza²⁷. Chegamos mesmo aqui a falar da possibilidade de deveres de doação, de contributos individuais, aplicáveis a todos, refletindo ainda Singer sobre o egoísmo e hipocrisia que comporta o gasto do dinheiro adicional em luxos

23 POGGE, Thomas W. - ¿Estamos violando los derechos humanos de los pobres del mundo?. Eidos [Em linha]. Vol. 17 (2012). atual. 12 jun. 2012 [Consult. 20 dez. 2020]. Disponível em: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1692-88572012000200002 ISSN: 1692-8857.

24 POGGE, Thomas W. - General Introduction. In World Poverty and Human Rights. Polity: Malden, 2002. ISBN: 978-0745629940. p. 2-3

25 Informações previstas na plataforma digital das Nações Unidas. Disponível em <https://unric.org/pt/eliminar-a-pobreza/>. Consultado a 28 dez. 2020.

26 SINGER, Peter – Ricos e Pobres. In Ética Prática. Gradiva: Lisboa, 2000. ISBN: 978-972-662-723-4.

27 Singer aponta ainda o veganismo como parte importante na resolução do problema da pobreza mundial, realçando que as grandes quantidades de alimento – nomeadamente cereais – desperdiçado na indústria bovina eram suficientes para erradicar com a fome.

em vez do uso do mesmo para salvar vidas humanas²⁸. Contudo, dado o excessivo enfoque da sua filosofia na doação, há uma despolitização do problema, excluindo entidades internacionais e os Estados da “equação” – esta posição parece-nos, de todo problemática, sendo aqui que Pogge²⁹ se realça, positivamente, pelo seu enfoque, não apenas nos indivíduos, mas também nos estados – corrente adotada ao longo do artigo. São, o compromisso e responsabilidade estatais, meios mais eficazes para o erradicar a pobreza mundial – tal como a própria ONU já o referiu – do que o recurso unicamente a doações individuais, sem intervenção do Estado. Justificando o referido e a título de exemplo de atuação, seria suficiente uma aliança entre os países mais ricos e influentes, que pressionasse as entidades globais farmacêuticas para diminuírem o valor das patentes, obrigando-as a vender medicamentos, considerados como básicos no mundo ocidental, com uma margem de lucro reduzida a tais países. Tal salvaria praticamente 2000 milhões de pessoas que não têm acesso regular a medicamentos essenciais, segundo os dados da Organização Mundial de Saúde (OMS)³⁰.

Referências Bibliográficas

ARREAS, Virgílio Caixeta - Guerra do Golfo: a crise da nova ordem mundial. SciELO [Em linha]. Vol. 47 (2004). atual jun. 2004. [Consult. 26 dez. 2020]. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-73292004000100006 ISSN: 1983-3121.

Declaração e Programa De Ação De Viena pode ser consultado em https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/declaracao_e_programa_acao_viena.pdf.

Declaração Universal dos Direitos Humanos que pode ser consultado em <https://dre.pt/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>.

JERÓNIMO, Patrícia - Dos tratados filosóficos aos tratados internacionais: Uma breve história dos direitos humanos. O que são Direitos Humanos? [Em linha]. Lisboa, Escolar Editora (2019), página 1. [Consult. 2 dez. 2020]. Disponível em <http://hdl.handle.net/1822/61257>

Plataforma digital das Nações Unidas. Disponível em <https://unric.org/pt/eliminar-a-pobreza>.

POGGE, Thomas W. - ¿Estamos violando los derechos humanos de los pobres del mundo?. Eidos [Em linha]. Vol. 17 (2012). atual. 12 jun. 2012 [Consult. 20 dez. 2020]. Disponível em: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1692-88572012000200002 ISSN: 1692-8857.

28 Não chegamos aqui a refletir sob as empresas transacionais, com indústrias locadas nos países subdesenvolvidos, que, tomando partido das más condições de vida dos cidadãos dos respetivos países vêm saciar a cultura e os interesses consumistas das sociedades ocidentais, recorrendo a produções em massa, amplamente nefastas, em termos humanos e ambientais.

29 POGGE, Thomas W. - World Poverty and Human Rights. Malden: Polity, 2002. ISBN: 978-0745629940.

30 Dados referentes ao ano de 2004.

POGGE, Thomas W. - World Poverty and Human Rights. Malden: Polity, 2002. ISBN: 978-0745629940.

Programa de Desenvolvimento das Nações Unidas, disponibilizado em <https://unric.org/pt/Objetivos-de-Desenvolvimento-Sustentavel/>.

SINGER, Peter – Ricos e Pobres. In Ética Prática. Gradiva: Lisboa, 2000. ISBN: 978-972-662-723-4.

Processo eletrônico nos tribunais brasileiros e os desafios quanto à proteção de dados

Electronic process in brazilian courts and the challenges regarding data protection

Danna Catharina Mascarello Luciani¹

Juliana Horn Machado Philippi²

Sumário: Introdução; 1. Processo eletrônico no Brasil. 2. Direito fundamental à proteção de dados e os processos eletrônicos. Considerações Finais. Referências bibliográficas.

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo enfrentar a relação entre o direito fundamental à proteção de dados e os desafios dos Tribunais brasileiros na tutela desse direito a partir dos processos eletrônicos. Para tanto, utiliza-se do método dedutivo, por meio da revisão bibliográfica, partindo da demonstração da efetiva presença das Tecnologias de Informação e Comunicação nas relações processuais brasileiras e do cenário de incertezas decorrentes dos ataques de hackers sofridos no segundo semestre de 2020, que expuseram fragilidade na segurança do sistema do Superior Tribunal de Justiça. Referido ataque resultou em transtornos ao Poder Judiciário, e propulsionou a preocupação quanto à segurança dos dados existentes nos processos. O direito à proteção de dados é reconhecido como direito fundamental – inclusive em decisão recente do Supremo Tribunal Federal nesse sentido. Desse modo, tratando-se de direito fundamental à proteção de dados, este trabalho foca em sua dimensão objetiva – decorrente da multifuncionalidade inerente aos direitos fundamentais –, da qual deriva o dever estatal de implementação de meios suficientes para sua tutela, e em sua relação com outros direitos fundamentais, também relacionados a fruição do direito ao acesso à justiça. A partir dos argumentos expostos, considera-se urgente atuação conjunta de todos os tribunais brasileiros para o fortalecimento dos sistemas utilizados e consequente tutela efetiva desse direito fundamental de tamanha relevância.

Palavras Chave: processo eletrônico; segurança; proteção de dados; direito fundamental.

Abstract: This work aims to address the relationship between the fundamental right to data protection and the challenges of the Brazilian Courts in protecting this right from electronic processes. To do so, it uses the deductive method, by means of a bibliographical review, based on the demonstration of the effective presence of Information and Communication Technologies in the Brazilian procedural relations and on the scenario of uncertainties resulting from the hacker attacks suffered in the second half of 2020, which exposed fragility in the security of the Superior Court of Justice system. Such attack resulted in inconvenience to the Judiciary, and propelled the concern about the security of the data existing in the processes. The right to data protection is recognized as a fundamental right - including in a recent Supreme Court decision to that effect. Thus, since it is a fundamental right to data protection, this work focuses on its objective dimension - resulting from the multifunctionality inherent to fundamental rights - from which derives the state's duty to implement sufficient means for its protection, and on its relationship with other fundamental rights, also related to the enjoyment of the right to access to justice. Based on the above arguments, it is considered urgent for all Brazilian courts to work together to strengthen the systems used and, consequently, to effectively protect this fundamental right of such relevance.

Keywords: electronic process; safety; data protection; fundamental right.

1 Mestranda em Direito Econômico e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (Bolsista PROEX). Coordenadora Científica do Grupo de Estudos em Análise Econômica do Direito (GRAED). E-mail: dannacml@hotmail.com.

2 Mestranda em Direito Econômico e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Membro do Núcleo de Desenvolvimento em Políticas Públicas e Desenvolvimento Humano da PUCPR. Advogada. E-mail: julianahmachado@gmail.com.

Introdução

Com o desenvolvimento das novas tecnologias, observa-se uma tendência pela diminuição, ou até mesmo eliminação da materialização e do uso de papéis na vida cotidiana das pessoas. Isso é sentido não somente pelo uso de smartphones e smartwatches, mas em diversos dispositivos e aplicativos para simplificar e tornar mais ágeis as tarefas executadas pelas pessoas. Diante dessa realidade, o presente estudo teve por objeto analisar as vantagens e os desafios para os usuários dos processos eletrônicos dos Tribunais Brasileiros, sem descuidar da grande evolução que é a digitalização dos autos e a conversão para os sistemas de processos eletrônicos. Para tanto, foi realizada pesquisa bibliográfica, com emprego do método dedutivo.

No primeiro momento, será exposta, de modo breve, a evolução do emprego dos sistemas de processo eletrônico no Brasil. Em sequência, far-se-á uma abordagem a respeito dos desafios dos sistemas de processo eletrônico, com ênfase na segurança desses sistemas. Por fim, tratar-se-á do direito fundamental à proteção dos dados pessoais, e suas dimensões subjetiva e objetiva, com ênfase nesta. Desse modo, chegar-se-á a conclusão de que os sistemas de processo eletrônico representam grande avanço tecnológico nos Tribunais brasileiros, mas ainda existem alguns desafios, a exemplo da busca incessante pela segurança desses sistemas e a necessidade de observância das múltiplas facetas do direito fundamental à proteção dos dados pessoais.

1. Processo eletrônico no Brasil

Com as novas tecnologias, sobretudo as tecnologias de informação e comunicação (TIC), tem-se observado uma virtualização das mais diversas tarefas, seja na vida pessoal ou profissional, seja no lazer. Sobre essa tendência, pondera-se que Pierre Lévy³ fala em “virtualização” – não no sentido de “desrealização”, mas sim uma mudança na identidade, que deixa de ser a atualidade, desprendendo-se do “aqui e agora”. Cita como exemplo as empresas virtuais, que se valem do teletrabalho e deixam de ter empregados em sedes físicas, não podendo ser situadas precisamente. Essa ideia também vale para os sistemas de processos eletrônicos. Os autos, antes volumosos e em papel, muitas vezes com milhares de páginas e anexos, exigiam vista ou até mesmo carga dos autos para que os advogados pudessem ter acesso. Atualmente são, em grande parte, eletrônicos (inclusive com a possibilidade de realização de audiências e sessões de julgamento por videoconferência) e acessíveis todos os sujeitos do processo simultaneamente, bastando a conexão à internet para visualizar um processo eletrônico, receber intimações e peticionar, sem a necessidade de se dirigir pessoalmente ao fórum ou solicitar que alguém o faça.

O avanço das tecnologias e da internet alavancaram o processo de digitalização e virtualização de diversos aspectos da vida e da sociedade. E, como não poderia deixar de ser, os órgãos dos três poderes brasileiros não escaparam dessa tendência, visto que “as novas tecnologias de informação e comunicação influenciaram no

3 LEVY, Pierre. O que é virtual? Tradução de Paulo Neves. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011. p. 17-19.

processo de digitalização da Administração Pública”⁴. É visível no Poder Judiciário, com a implantação e disseminação dos sistemas de processos eletrônicos. Sobre a inexorabilidade do processo eletrônico, a compulsoriedade de sua utilização, Paulo Pegoraro Júnior, Alfredo Copetti Neto e Alexandre Barbosa da Silva afirmam que “o processo eletrônico já o é, enquanto o processo físico já deixou de sê-lo.”⁵ A título de exemplo, pode-se mencionar a implementação do Sistema de Automação da Justiça – SAJ, pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC), já em 1997, para a realização de atos relacionados a processos judiciais, vindo, posteriormente, a converter-se em sistema de processo eletrônico.⁶ Além de Santa Catarina, o SAJ está presente em mais seis Estados.⁷ Referido sistema, assim como os sistemas de outros Tribunais – como o Projudi do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (que atualmente conta com mais de quatorze milhões de processos distribuídos, e mais de três milhões de processos ativos)⁸ –, evoluiu ao longo dos anos, especialmente após a edição da Lei n. 11.419/2006, que trata da informatização do processo judicial. Merece menção o sistema eproc, criado pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4), que teve seu piloto em 2003, nos juizados especiais federais no Rio Grande do Sul, e foi implantado em todas as varas federais de primeiro grau da respectiva região em 2009. Atualmente referido sistema também é utilizado por outros Tribunais além do TRF4, a exemplo do TJSC.⁹

Já o sistema PJe – Processo Judicial Eletrônico – foi instituído em 18 de dezembro de 2013, com a Resolução n. 185/2013 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), como sistema para processamento de informações e prática de atos processuais. Na sequência, em 2014, visando descentralizar o trabalho de desenvolvimento do sistema do PJe, que até então ficava unicamente a cargo do CNJ, houve a formação da primeira turma de desenvolvedores de software dos Tribunais de Justiça dos Estados, para contribuir com a codificação do PJe. De mais a mais, em 2016 foi lançada a versão 2.0 do sistema PJe, com atualização tecnológica voltada para maior usabilidade da aplicação, sendo que em 2019 veio a versão 2.1, com evolução do sistema para uma arquitetura de plataforma, visando flexibilidade no seu desenvolvimento, velocidade e redução de custos.¹⁰

Desse modo, em 2019, os Tribunais trabalharam na homologação da nova versão do sistema PJe e sua consolidação. Também em 2019, foi alterada a Resolução

4 SCHIEFLER, Eduardo André Carvalho; CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; SOUSA, Thanderson Pereira de. Administração Pública digital e a problemática da desigualdade no acesso à tecnologia. *International Journal of Digital Law*, Belo Horizonte, ano 1, n. 2, p. 97-116, maio/ago. 2020. p. 98.

5 PEGORARO JÚNIOR, Paulo; COPETTI NETO, Alfredo; SILVA, Alexandre Barbosa da. Inovação Disruptiva no Direito: o exemplo privilegiado do processo eletrônico. In: COUTINHO, Aldacy Rachid; COPETTI NETO, Alfredo; SILVA, Alexandre Barbosa da. [org.] *Direito, Compliance e Tecnologia*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 163.

6 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA. Histórico: informatização no Poder Judiciário catarinense. Disponível em: < <https://www.tjsc.jus.br/web/processo-eletronico-saj/historico> > Acesso 28 dez 2020.

7 SAJ DIGITAL. SAJ Tribunais. Disponível em: < <https://www.sajdigital.com/solucao/saj-tribunais/> > Acesso 31 dez 2020.

8 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ. Projudi – Processo Eletrônico do Judiciário do Paraná. Disponível em: < <https://projudi.tjpr.jus.br/projudi/> > Acesso 31 dez 2020.

9 TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO. Eproc começa a ser utilizado por Câmaras de Direito Público do TJSC. Disponível em: < https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=noticia_visualizar&id_noticia=14199 > Acesso 28 dez 2020.

10 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. PJe Processo Judicial Eletrônico. Disponível em: < www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/processo-judicial-eletronico-pje/historico/ > Acesso 27 dez 2020.

185/2013 do CNJ, para permitir o uso de certificado digital institucional, com a intenção de permitir maior flexibilidade ao usuário, bem como houve lançamento de aplicativo para uso em dispositivos móveis.¹¹ A título de curiosidade, conforme dados disponíveis no site do CNJ em junho de 2020 existiam 54.883.805 (cinquenta e quatro milhões, oitocentos e oitenta e três mil e oitocentos e cinco) processos em tramitação no PJe.¹² Todavia, não se pode ignorar que esse não é o número total de processos eletrônicos no Brasil, visto que existem diversos outros sistemas de processos judiciais eletrônicos em diversos Estados, a exemplo dos já mencionados eproc, SAJ e Projudi. Os sistemas de processo eletrônico podem ser inseridos no contexto da quarta revolução industrial, caracterizada por uma internet mais ubíqua e móvel, representada por internet das coisas (internet of things - IoT), inteligência artificial, nanotecnologia, biotecnologia, entre outras tecnologias.¹³ Resulta no aperfeiçoamento da capacidade de armazenamento e processamento de informações e dados.¹⁴ Partindo das inovações tecnológicas, o processo judicial deixou de se materializar unicamente nos autos físicos e passou a ser eletrônico, com promessa de maior celeridade e eficiência.¹⁵

No entanto, para além de todos os avanços e visíveis benefícios, o processo eletrônico traz novas preocupações, sobretudo com relação à segurança dos sistemas. Em novembro de 2020, teve-se notícia de ataque hacker ao sistema do Superior Tribunal de Justiça (STJ)¹⁶, sendo possivelmente o mais expressivo ataque hacker a um Tribunal brasileiro. Na ocasião, o STJ teve suspensos os prazos e a realização de sessões de julgamento de 04 a 09 de novembro de 2020 (conforme Resolução STJ/GP 25/2020)¹⁷, visto que todos os dados dos sistemas, incluindo processos eletrônicos, foram criptografados pelos hackers. Referido episódio chamou a atenção para a necessidade de se reforçar a segurança dos sistemas dos Tribunais brasileiros, sobretudo quando se trata de processos eletrônicos, com os autos inteiramente disponíveis online, bem como peticionamento e realização de audiências e sessões de julgamento pelos mesmos sistemas.

Após o vultoso ataque hacker ao STJ, o CNJ instituiu o Comitê de Segurança Cibernética do Poder Judiciário, por meio da Portaria CNJ n. 242/2020, a ser integrado por especialistas técnicos indicados pelos Tribunais Superiores, Conselhos e Tribunais de Justiça. A missão desse Comitê é garantir a proteção de dados

11 Ibidem, s.p.

12 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. PJe Indicadores. Disponível em: < <https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=e7aa7858-2411-4677-8e69-5905c6fdee00&sheet=95c8b2bf-c7d4-4054-aca9-0c89d77eb329&lang=pt-BR&opt=cursel&select=clearall> > Acesso 03 jan 2020.

13 SCHWAB, Klaus. A Quarta Revolução Industrial. Tradução de Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016. p. 15-16.

14 CORVALÁN, Juan Gustavo. Inteligencia artificial: retos, desafíos y oportunidades – Prometea: la primera inteligencia artificial de Latinoamérica al servicio de la Justicia. Revista de Investigaciones Constitucionais. Curitiba, v. 5, n. 1, jan.-abr. 2018. p. 297.

15 SALDANHA, Alexandre Henrique Tavares; MEDEIROS; Pablo Diego Veras. Processo Judicial Eletrônico e Inclusão Digital para Acesso à Justiça na Sociedade da Informação. Revista de Processo. V. 277/2018. mar./2018. p. 545-546.

16 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Em razão de ataque cibernético, STJ funcionará em regime de plantão até o dia 9. Disponível em: < <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/04112020-Em-razao-de-ataque-cibernetico--STJ-funcionara-em-regime-de-plantao-ate-o-dia-9.aspx> > Acesso 29 dez 2020.

17 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Resolução STJ/GP 25/2020. Disponível em: < <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-stj/gp-n-25-de-4-de-novembro-de-2020-286407257> > Acesso 29 dez 2020.

diante dos recentes ataques, a boa gestão das informações e a correta prevenção e tratamento dos incidentes de segurança cibernética.¹⁸ Desse modo, percebe-se que a interação digital entre sujeitos processuais já é uma realidade no Brasil, a ser fomentada por todos os tribunais do país tamanho o interesse na melhoria das ferramentas necessárias ao correto andamento dos processos. Nesse cenário, parece ser necessária maior preocupação por parte do Poder Judiciário quanto à segurança dos seus sistemas. Isto porque, para além dos ataques hackers, há preocupação quanto aos dados pessoais disponíveis nos processos e possíveis vazamentos, como números de documentos de identificação, CPF, além de dados pessoais sensíveis¹⁹, que envolvem a esfera íntima das pessoas, como relações familiares, religiosas e financeiras.

2. Direito fundamental à proteção de dados e os processos eletrônicos

Diante da nova realidade, o processo eletrônico também se adequa aos direitos fundamentais, a exemplo dos direitos ao acesso à justiça e a razoável duração do processo (art. 5º, incisos XXXV e LXXVIII, da Constituição Federal), bem como o direito à proteção dos dados pessoais, não previsto expressamente na Constituição, mas que também é reconhecido como direito fundamental²⁰. E ainda, atrelado à esfera pessoal, é tido como um dos direitos da personalidade.²¹

Como reflexo da quarta revolução industrial, há explosão das informações e dos dados, fruto do fluxo constante de informações que as transforma, com crescimento exponencial da sociedade do conhecimento. Desse modo, além dos clássicos desafios quanto aos direitos, são acrescentados outros relacionados à era digital, a exemplo da inclusão digital e da garantia da dignidade digital como parte da autodeterminação e dignidade humana. Assim, a proteção da identidade digital assume um papel central na sociedade e no Direito.²² Nos dizeres de Stefano Rodotà, “a proteção de dados contribui para a constitucionalização da pessoa”, sendo “a soma de um conjunto de um conjunto de direitos que configuram a cidadania no novo milênio.”²³ E ainda, sobre a importância do reconhecimento do direito à proteção de dados como um direito fundamental, referido autor considera que o direito à proteção de dados

18 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. CNJ cria Comitê de Segurança Cibernética do Poder Judiciário. Disponível em: < <https://www.cnj.jus.br/cnj-cria-comite-de-seguranca-cibernetica-do-poder-judiciario/>> Acesso 1 jan 2021.

19 Como ensina Laura Schertel Mendes, dados sensíveis “são aqueles cujo tratamento tem grande potencial de acarretar discriminação, tais como os dados relativos a etnia, opção sexual, opinião política e religião”. (MENDES, Laura Schertel. Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2014. E-book Kindle. Posição 726).

20 MENDES, Laura Schertel. Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2014. E-book Kindle. Posição 3393.

21 BIONI, Bruno Ricardo. Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento. 2. ed. rio de Janeiro: Gen Forense, 2020. Ebook Kindle. p. 56.

22 CORVALÁN, Juan Gustavo. Digital and intelligent public administration: transformations in the era of artificial intelligence. A & C – Revista de Direito Administrativo Constitucional. Belo Horizonte, ano 18, n. 71, jan.-mar./2018. p. 56-57.

23 RODOTÀ, Stefano. A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje. Organização, seleção e apresentação de Maria Celina Bodin de Moraes. Tradução de Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 17.

somente poderia ser legitimamente limitado nos casos de colisão com outros direitos fundamentais.²⁴ Ainda que o direito à proteção de dados não esteja expresso no rol de direitos fundamentais na Constituição Federal, e nem o direito à privacidade, o certo é que existem outros direitos correlatos contemplados como fundamentais, a exemplo da inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem (art. 5º, X, da Constituição Federal). Além disso, destaca-se também a possibilidade de restrição da publicidade de atos judiciais e dos julgamentos (arts. 5º, LX e 93, IX, da Constituição Federal) e a proteção ao sigilo das comunicações. Desse modo, é inevitável falar em direito fundamental à proteção dos dados pessoais e à privacidade²⁵.

Ademais, a fundamentalidade do direito à proteção dos dados pessoais foi recentemente reconhecida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, no referendo à Medida Cautelar deferida nas ADIs 6387, 6388, 6389, 6390 e 6393, sobre o compartilhamento de dados dos usuários pelas operadoras de telefonia com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, no contexto da pandemia pelo coronavírus (COVID-19).²⁶ Como direito fundamental, não se pode descuidar que a proteção dos dados pessoais é dotada de multifuncionalidade, pois os direitos fundamentais podem ter dimensões subjetiva (sob a perspectiva dos titulares dos direitos) e objetiva (imposição de deveres jurídicos objetivos ao Estado).²⁷ Cuida-se de visão ampla, que permite enxergar o direito fundamental como um todo, pois “uma mesma norma, resultante de uma interpretação sistemática de vários dispositivos, apresenta múltiplas funções ligadas ao respeito, proteção e promoção do mesmo bem jurídico considerado essencial pela Constituição.”²⁸

E ainda, os direitos fundamentais podem ter diferentes dimensões: na dimensão subjetiva é levada em consideração a perspectiva dos titulares dos direitos; ao passo que na dimensão objetiva há a imposição de deveres jurídicos objetivos ao Estado.²⁹ Em razão desses dois prismas, fala-se em multifuncionalidade dos direitos fundamentais, isto é, uma visão ampla, que permite enxergar o direito fundamental como um todo. Por isso, “uma mesma norma, resultante de uma interpretação sistemática de vários dispositivos, apresenta múltiplas funções ligadas ao respeito, proteção e promoção do mesmo bem jurídico considerado essencial pela Constituição.”³⁰ Além da dimensão subjetiva, interessa especialmente ao presente trabalho a dimensão objetiva, com o dever estatal de proteção, com “obrigação do Estado velar pela integridade dos bens jurídicos protegidos pelos direitos fundamentais e pela não perturbação do exercício das atividades por eles tipicamente protegidas”³¹. No caso,

24 RODOTÀ, Stefano. Op. Cit., p. 105.

25 SALGADO, Eneida Desiree; SAITO, Vitoria Hiromi. Privacidade e proteção de dados: por uma compreensão ampla do direito fundamental em face da sua multifuncionalidade. *International Journal of Digital Law*. Belo Horizonte, ano 1, n. 3, set./dez. 2020. p. 118-119.

26 MENDES, Laura Schertel; FONSECA, Gabriel Campos Soares da. STF Reconhece Direito Fundamental à Proteção de Dados. *Revista de Direito do Consumidor*. v. 130/2020. jul.-ago. 2020. p. 472.

27 NOVAIS, Jorge Reis. As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 55-56.

28 HACHEM, Daniel Wunder. A dupla titularidade (individual e transindividual) dos direitos fundamentais sociais. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*. Curitiba, n. 14, jul.-dez. 2013. p. 628.

29 NOVAIS, Jorge Reis. As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 55-56.

30 HACHEM, Daniel Wunder. Op. cit., p. 628.

31 NOVAIS, Jorge Reis. Op. cit., p. 86.

a proteção dos dados pessoais (muitas vezes sensíveis) nos processos eletrônicos, diante da publicidade processual e da possibilidade de ataques de hackers que venham a publicar ou compartilhar os dados existentes nos processos. Parece haver preocupação excessiva com a celeridade processual, em detrimento da proteção da privacidade e dos dados pessoais das partes dos processos. Antes de apenas se pensar na restrição da publicidade dos atos processuais, é necessário garantir, de modo efetivo, a segurança dos dados pessoais das partes dos processos judiciais.³²

Sem descuidar da sociedade da vigilância e da importância da informação enquanto insumo econômico, não é adequado conferir tratamento diferenciado aos entes públicos quanto ao direito à proteção da privacidade dos dados pessoais, com reconhecimento das múltiplas facetas desse direito fundamental. Como consequência, em atenção aos preceitos da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD – Lei n. 13.709/2018), há a necessidade de imposição de controle sobre o uso e o tratamento dos dados, inclusive com consentimento informado por parte do titular, bem como a efetiva fiscalização por órgão isento e imparcial, com compreensão da multifuncionalidade do direito fundamental à proteção dos dados pessoais.³³

Considerações finais

O processo eletrônico representa uma disrupção em relação ao modelo anterior, com economia não apenas de papel, mas também de tempo de deslocamento e de recursos (públicos e particulares) em razão desnecessidade de todos os atos serem presenciais. No entanto, mesmo com todos os avanços, é imprescindível a preocupação com a proteção dos dados pessoais das partes e de terceiros existentes nos autos e nos sistemas de processos eletrônicos. Tratando-se de direito fundamental, há a multifuncionalidade, especialmente em razão de sua dimensão objetiva, o que demanda maior atuação por parte do Estado para a salvaguarda do direito. E, no caso dos sistemas de processos eletrônicos, há a necessidade de mais diligência por parte dos Tribunais para a segurança dos sistemas e proteção dos dados pessoais envolvidos.

Assim, considera-se que tal fundamentalidade é argumento suficiente para que se faça necessária uma maior preocupação por parte do Poder Judiciário quanto à segurança dos seus sistemas, especialmente diante das recentes notícias quanto ao ataque hacker ao sistema do STJ, que levou à indisponibilidade do sistema por diversos dias. Ora, para além dos ataques hackers, há preocupação quanto aos dados pessoais disponíveis nos processos e possíveis vazamentos, que podem acarretar prejuízos incalculáveis a toda a sociedade.

32 SANTOS, Guilherme Luis Quarema Batista. A Publicidade dos Atos Processuais e a Inviolabilidade da Privacidade no Processo Judicial Eletrônico. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. v. 8, n. 8, 2011. p. 405-442. p. 439-440.

33 SALGADO, Eneida Desiree; SAITO, Vitoria Hiromi. Privacidade e proteção de dados: por uma compreensão ampla do direito fundamental em face da sua multifuncionalidade. *International Journal of Digital Law*, Belo Horizonte, ano 1, n. 3. p. 117-137, set./dez. 2020. p. 133-135.

Referências Bibliográficas

BIONI, Bruno Ricardo. Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento. 2. ed. rio de Janeiro: Gen Forense, 2020. Ebook Kindle.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. CNJ cria Comitê de Segurança Cibernética do Poder Judiciário. Disponível em: < <https://www.cnj.jus.br/cnj-cria-comite-de-seguranca-cibernetica-do-poder-judiciario/>> Acesso 01 jan 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. PJe Indicadores. Disponível em: < <https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=e7aa7858-2411-4677-8e69-5905c6fdee00&sheet=95c8b2bf-c7d4-4054-aca9-0c89d77eb329&lang=pt-BR&opt=currsel&select=clearall>> Acesso 03 jan 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. PJe Processo Judicial Eletrônico. 2020. Disponível em: <www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/processo-judicial-eletronico-pje/historico/> Acesso 27 dez 2020.

CORVALÁN, Juan Gustavo. Digital and intelligent public administration: transformations in the era o artificial intelligence. A & C – Revista de Direito Administrativo Constitucional. Belo Horizonte, ano 18, n. 71, p. 55-87, jan.-mar./2018.

CORVALÁN, Juan Gustavo. Inteligencia artificial: retos, desafios y oportunidades – Prometea: la primera inteligencia artificial de Latinoamerica al servicio de la Justicia. Revista de Investigações Constitucionais. Curitiba, v. 5, n. 1, jan.-abr. 2018. p. 295-316.

HACHEM, Daniel Wunder. A dupla titularidade (individual e transindividual) dos direitos fundamentais sociais. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia. Curitiba, n. 14, n. 14, jul.-dez. 2013. p. 618-688.

LEVY, Pierre. O que é virtual? Tradução de Paulo Neves. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

MENDES, Laura Schertel. Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2014. E-book Kindle.

MENDES, Laura Schertel; FONSECA, Gabriel Campos Soares da. STF Reconhece Direito Fundamental à Proteção de Dados. Revista de Direito do Consumidor. v. 130/2020. p. 471-478. jul.-ago. 2020.

NOVAIS, Jorge Reis. As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição. Coimbra: Coimbra, 2003.

PEGORARO JÚNIOR, Paulo; COPETTI NETO, Alfredo; SILVA, Alexandre Barbosa da. Inovação Disruptiva no Direito: o exemplo privilegiado do processo eletrônico. In: COUTINHO, Aldacy Rachid; COPETTI NETO, Alfredo; SILVA, Alexandre Barbosa da. [org.] Direito, Compliance e Tecnologia. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 157-189.

RODOTÀ, Stefano. A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje. Organização, seleção e apresentação de Maria Celina Bodin de Moraes. Tradução de Danilo Doneda

e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SAJ DIGITAL. SAJ Tribunais. Disponível em: < <https://www.sajdigital.com/solucao/saj-tribunais/>> Acesso 31 dez 2020.

SALDANHA, Alexandre Henrique Tavares; MEDEIROS; Pablo Diego Veras. Processo Judicial Eletrônico e Inclusão Digital para Acesso à Justiça na Sociedade da Informação. Revista de Processo. v. 277/2018. p. 541-561. mar./2018.

SALGADO, Eneida Desiree; SAITO, Vitoria Hiromi. Privacidade e proteção de dados: por uma compreensão ampla do direito fundamental em face da sua multifuncionalidade. International Journal of Digital Law, Belo Horizonte, ano 1, n. 3. p. 117-137, set./dez. 2020.

SANTOS, Guilherme Luis Quarema Batista. A Publicidade dos Atos Processuais e a Inviolabilidade da Privacidade no Processo Judicial Eletrônico. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. v. 8, n. 8, 2011. p. 405-442.

SCHIEFLER, Eduardo André Carvalho; CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; SOUSA, Thanderson Pereira de. Administração Pública digital e a problemática da desigualdade no acesso à tecnologia. International Journal of Digital Law, Belo Horizonte, ano 1, n. 2, p. 97-116, maio/ago. 2020.

SCHWAB, Klaus. A Quarta Revolução Industrial. Tradução de Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Em razão de ataque cibernético, STJ funcionará em regime de plantão até o dia 9. Disponível em: < <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/04112020-Em-razao-de-ataque-cibernetico--STJ-funcionara-em-regime-de-plantao-ate-o-dia-9.aspx>> Acesso 29 dez 2020.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Resolução STJ/GP 25/2020. Disponível em: < <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-stj/gp-n-25-de-4-de-novembro-de-2020-286407257>> Acesso 29 dez 2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA. Histórico: informatização no Poder Judiciário catarinense. Disponível em: < <https://www.tjsc.jus.br/web/processo-eletronico-saj/historico>> Acesso 28 dez 2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ. Projudi – Processo Eletrônico do Judiciário do Paraná. Disponível em: <<https://projudi.tjpr.jus.br/projudi/>> Acesso 31 dez 2020.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO. Eproc começa a ser utilizado por Câmaras de Direito Público do TJSC. Disponível em: < https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=noticia_visualizar&id_noticia=14199> Acesso 28 dez 2020.

A renda básica de cidadania como instituto efetivador da redução da desigualdade

The Basic Citizenship income as an Effective Institute for Reducing Inequality

Sonilde Kugel Lazzarin¹

Helena Kugel Lazzarin²

Sumário: 1. O Direito à Igualdade e à Não Discriminação; 2. A Desigualdade Social no Brasil; 3. A Implementação da Renda Básica de Cidadania como Mecanismo Efetivo para a Redução da Desigualdade Social; 4. Considerações Finais.

Resumo: O presente estudo, inicialmente, conceitua o fenômeno da discriminação – distinguindo, inclusive, as modalidades de discriminação direta e indireta. Os motivos pelos quais não se pode discriminar – os quais podem ser divididos em duas categorias: motivos imutáveis e mutáveis – também são apresentados, no sentido de demonstrar que uma pessoa pode ser atingida por opressões distintas, porém interconectadas, que a colocam em maior vulnerabilidade em comparação com as demais. Desse modo, alguns grupos populacionais podem ficar à margem de outros, tendo em vista a relação de desvantagem em que vivem. Nesse contexto, o artigo faz uma análise do direito à igualdade e à não discriminação (direitos civis e políticos estabelecidos no âmbito do direito internacional dos direitos humanos), a partir da qual demonstra-se ser imprescindível proteger os grupos mais vulneráveis da sociedade. Em um segundo momento, o estudo aborda os alarmantes dados estatísticos relativos à desigualdade social no Brasil, os quais evidenciam a urgente necessidade de combatê-los. Por fim, diante da obrigação dos Estados, de adotar medidas positivas para reverter situações discriminatórias existentes nas suas sociedades (como preconiza o direito à igualdade), o estudo apresenta a implementação da renda básica de cidadania como uma estratégia eficaz para reduzir a exclusão social e a desigualdade. A pesquisa é de cunho bibliográfico e utiliza autores nacionais e internacionais, bem como leituras e pesquisa em livros, artigos de revistas, sites oficiais e legislação nacional e internacional.

Palavras-chave: Desigualdade Social; Renda Básica de Cidadania; Direito à Igualdade.

Abstract: This study initially conceptualizes the phenomenon of discrimination - even distinguishing between direct and indirect discrimination modalities. The reasons why it is not possible to discriminate - which can be divided into two categories: immutable and changeable reasons - are also presented, in the sense of demonstrating that a person can be affected by different but interconnected oppressions, which place him in greater vulnerability compared to the others. In this way, some population groups may be on the margins of others, in view of the disadvantage relationship in which they live. In this context, the article analyzes the right to equality and non-discrimination (civil and political rights established under international human rights law), from which it is shown that it is essential to protect the most vulnerable groups in society. Posteriorly, the study addresses the alarming statistical data related to social inequality in Brazil, which shows the urgent need to combat it. Finally, given the obligation of States to adopt positive measures to reverse discriminatory situations that exist in their societies (as advocated by the right to equality), the study presents the implementation of basic citizenship income as a strategy for effectively reducing inequality. The research is of bibliographic nature and uses national and international authors, as well as readings and research in books, scientific articles, official websites and national and international legislation.

Keywords: Social Inequality; Basic Citizenship Income; Right to Equality.

1 Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Pós-Doutora em Direitos Humanos e Democracia pelo Human Rights Centre - Ius Gentium Conimbrigae - Universidade de Coimbra, Portugal. Professora na Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS) e na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Pesquisadora na área de Direitos Sociais na UFRGS. Acadêmica Titular da Cadeira nº 30 da Academia Sul-Rio-Grandense de Direito do Trabalho. Advogada no Escritório Lazzarin Advogados Associados S/S. E-mail: sonildelazzarin@gmail.com.

2 Doutora em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Mestre em Direito pela UNISINOS. Especialista em Direito e Processo do Trabalho e Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Pesquisadora nas áreas de Direito do Trabalho e Direito Previdenciário. Professora integrante do corpo docente do Curso de Especialização em Direito e Processo do Trabalho da PUCRS. Advogada no Escritório Lazzarin Advogados Associados S/S. E-mail: helenalazzarin@gmail.com.

1. O Direito à Igualdade e à Não Discriminação

Com a vigência da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, a cláusula de não discriminação estava reconhecida universalmente como um direito indispensável a todos os seres humanos. A partir do referido documento, doutrina e jurisprudência passaram a buscar a definição de discriminação, em especial em outras convenções específicas.

Atualmente, o conceito utilizado é aquele estabelecido pelo Comitê de Direitos Humanos, em 1989.³ No Comentário Geral nº 18, parágrafo 7º, do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos,⁴ restou estipulado:

Embora estas Convenções tratem apenas de casos de discriminação específicos, o Comitê considera que o termo “discriminação”, tal como se emprega no Pacto, deve entender-se como referindo-se a toda a distinção, exclusão, restrição ou preferência que se baseie em determinados motivos, como a raça, a cor, o sexo, a língua, a religião, a opinião política ou outro tipo de opinião, a origem nacional ou social, a propriedade, o estatuto de nascimento ou qualquer outra situação, e que tenha por objectivo ou por resultado anular ou comprometer o reconhecimento, a satisfação ou o exercício por parte de todas as pessoas, em condições de igualdade, de todos os direitos e liberdades.

É importante identificar que existem, na normativa internacional, motivos proibidos de discriminação. Esses motivos discriminatórios merecem destaque, pois possuem características que os distinguem, sendo possível, a partir dessas, classificá-los.

Os motivos pelos quais não se pode discriminar podem ser divididos em duas categorias: a primeira é composta por situações pessoais, e a segunda, por situações ocasionadas a partir de escolhas e condutas do indivíduo. Isto é, a primeira categoria diz respeito ao sexo,⁵ à orientação sexual, à raça, à origem étnica e à cor da pele, que são qualidades marcadas pela imutabilidade;⁶ enquanto a segunda categoria é marcada pelo caráter de mutabilidade, pois existe a possibilidade de escolha do indivíduo – o ato discriminatório em razão de uma opção da pessoa pode ser direcionado à religião, ao estado civil, à opinião política, adesão à determinada organização, entre outros fatores.⁷

Destaca-se que uma situação discriminatória pode envolver mais de um motivo e que determinadas categorias de motivos podem se sobrepor. Crenshaw⁸ atenta para o fato de existirem diferentes “eixos da subordinação”, os quais se sobrepõem

3 ZULOAGA, Patricia Palacios. La No Discriminación: estudio de la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos sobre la cláusula autónoma de no discriminación. Disponível em: <<http://www.cdh.uchile.cl/media/publicaciones/pdf/7.pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2020.

4 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Compilação de Instrumentos Internacionais de Direitos Humanos. Disponível em: <<http://acnudh.org/wp-content/uploads/2011/06/Compilation-of-HR-instruments-and-general-comments-2009-PDHJTImor-Leste-portugues.pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2020.

5 Ressalta-se que o sexo do indivíduo é uma característica que, assim como outras, pode ser desafiada pelas evoluções tecnológicas da medicina, em face de cirurgias e de tratamentos transexuais. No entanto, entende-se que o gênero, feminino ou masculino, pode continuar sendo classificado como um motivo natural do indivíduo, sendo, portanto, imutável, uma vez que não se enquadraria na segunda categoria, que está vinculada às questões sociais (LIMA, Firmino Alves. Teoria da Discriminação nas Relações de Trabalho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 124).

6 RIOS, Roger Raupp. Direito da Antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 53.

7 LIMA, Firmino Alves. Teoria da Discriminação nas Relações de Trabalho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 124.

8 CRENSHAW, Kimberlé. Documento para o Encontro de Especialistas em Aspectos da Discriminação Racial Relativos ao Gênero. Disponível em: <<https://www.scielo.br/pdf/ref/v10n1/11636.pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2020.

ou se entrecruzam, criando intersecções complexas. Nesse sentido, uma mulher negra, pobre, lésbica e obesa, por exemplo, é atingida por opressões distintas, porém interconectadas, que a colocam em maior vulnerabilidade em comparação com as demais.

Assim, a proibição da discriminação implica uma distinção – como exclusão, preferência, limitação ou restrição – entre pessoas ou grupos de pessoas que se encontrem em situações semelhantes, e envolve tanto motivos naturais, como motivos sociais.

Quanto à forma de praticar a discriminação, faz-se importante diferenciar “discriminação direta” de “discriminação indireta”: a discriminação direta ocorre quando qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência, justificada por qualquer forma de diferenciação proibida, têm o objetivo de anular ou prejudicar o exercício dos direitos humanos e de liberdades fundamentais do indivíduo, em qualquer campo da vida pública;⁹ a discriminação indireta, por sua vez, ocorre quando leis, decisões ou práticas, aparentemente neutras, geram uma situação de desigualdade a um grupo específico, criando ou reforçando a situação de discriminação. Assim, a discriminação direta diferencia-se da indireta na medida em que esta independe do caráter intencional, importando apenas o efeito gerado pela situação. Conforme Bragato,¹⁰ mesmo que formalmente exista um tratamento equitativo e a proibição de discriminação direta, alguns grupos populacionais podem ficar à margem de outros, tendo em vista a relação de desvantagem em que vivem.

A igualdade e a não discriminação tornaram-se – principalmente a partir da segunda metade do século XX – elementos fundamentais do direito internacional dos direitos humanos, que tem como princípio norteador a dignidade de todos os seres humanos. O referido princípio não pressupõe que todos são idênticos entre si, mas, ao contrário, reconhece a existência concreta de seres humanos diferentes entre si, cujas diferenças, ao invés de inferiorizá-los, devem ser reconhecidas e valorizadas.¹¹

Conforme Santos,¹² é necessário estabelecer uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades. A igualdade exige proteção àqueles grupos que se encontram em desvantagem social, econômica, cultural, sexual, racial, religiosa, etc., pois exige a preocupação e a compreensão das circunstâncias históricas que geraram a situação de vulnerabilidade desses grupos específicos.¹³ A efetiva igualdade, vinculada à dignidade humana, exige resultados isonômicos ou igualitários.¹⁴

9 BRAGATO, Fernanda Frizzo. Direitos Humanos além da Lógica Formal do Princípio da Igualdade: uma leitura a partir do princípio da não discriminação. In: STRECK, Lenio Luiz. ROCHA, Leonel Severo. ENGELMANN, Wilson (orgs.). Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: Mestrado e Doutorado, nº 10. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 80.

10 Ibidem, p. 82.

11 Ibidem, p. 78.

12 SANTOS, Boaventura de Sousa. Reconhecer para Libertar: os caminhos do cosmopolitanismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 56.

13 BRAGATO, Fernanda Frizzo. ADAMATTI, Bianka. Igualdade, Não Discriminação e Direitos Humanos: são legítimos os tratamentos diferenciados? Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/509929/001032257.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 20 dez. 2020.

14 SHELTON, Dinah. Prohibición de Discriminación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Disponível em: <<http://www.revistas.uchile.cl/index.php/ADH/article/viewFile/13488/13756>>. Acesso em: 20 dez. 2020.

Conforme a Opinião Consultiva nº 4 da Corte Interamericana de Direitos Humanos,¹⁵ a igualdade é incompatível com qualquer situação que considere a superioridade de determinado grupo – e o consequente tratamento privilegiado –, bem como com a situação inversa, que considere um grupo inferior aos demais, o discriminando. A jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos,¹⁶ assim como ocorre na jurisprudência da Corte Internacional de Justiça,¹⁷ reitera este entendimento, afirmando que os Estados estão obrigados a adotar medidas positivas para reverter situações discriminatórias existentes nas suas sociedades.

2. A Desigualdade Social no Brasil

A realidade brasileira está em total desacordo com as previsões internacionais sobre a igualdade. A desigualdade no Brasil, com a enorme concentração de renda entre os ricos, foi objeto de pesquisa de Souza,¹⁸ que apurou a concentração de renda entre os ricos no Brasil de 1926 a 2013, apresentando uma completa série histórica sobre o tema. O autor fez uso inédito de dados oficiais, especialmente de informações relativas ao imposto de renda, além de outras fontes nacionais e internacionais. A pesquisa chega a dados estarrecedores: comprova que o 1% mais rico recebe quase 25% da renda nacional.

Nesse mesmo sentido, o Relatório da OXFAM Brasil (2017) demonstrou que seis brasileiros concentram, juntos, a mesma riqueza que os 100 milhões mais pobres do país, ou seja, a metade da população brasileira. Os 5% mais ricos detêm a mesma fatia de renda que os demais 95% da população. Além disso, o Relatório demonstra que os “super ricos” (0,1% da população brasileira atual) ganham em um mês o mesmo que uma pessoa que recebe um salário mínimo (cerca de 23% da população brasileira) ganharia trabalhando por 19 anos seguidos. Os dados também apontaram para a desigualdade de gênero e raça.¹⁹ Segundo o estudo, sendo mantida a tendência dos últimos 20 anos, mulheres ganharão o mesmo salário que homens em 2047,

15 Itens nº 55 e 57 da Opinião Consultiva nº 4 da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión Consultiva OC-4/84. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_04_esp.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2020).

16 Itens nº 79 e 80 do Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile. Disponível em: <http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2020).

17 The principle of equality before the law does not mean absolute equality, namely the equal treatment of men without regard to individual, concrete circumstances, but it means relative equality, namely the principle to treat equally what are equal and unequally what are unequal [...]. To treat unequal matters differently according to their inequality is not only permitted but required (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Corte Internacional de Justiça. Dissenting Opinion of Judge Tanaka in the South West Africa Case. Disponível em: <<https://www.icj-cij.org/files/case-related/47/047-19660718-JUD-01-06-EN.pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2020).

18 SOUZA, Pedro H. G. Ferreira de. Uma História de Desigualdade: a concentração de renda entre os ricos no Brasil 1926-2013. São Paulo: Hucitec, 2018.

19 Observa-se que o impacto ocasionado por esses problemas prejudica desproporcionalmente aqueles que sofrem discriminações identitárias: condições precárias atingem mais gravemente mulheres negras do que homens brancos, por exemplo. Conforme Rios: Tome-se a situação das mulheres negras no Brasil e o orçamento público federal como caso exemplar. A posição de grupo social e economicamente mais empobrecido e discriminado, a qual se associa à baixíssima representatividade parlamentar, é ainda mais agravada em tempos de crise econômica e escassez de recursos (RIOS, Roger Raupp. Discriminação Orçamentária, Interseccionalidade e Equilíbrio Fiscal em Tempos de Neoliberalismo. In: GEDIEL, José Antônio Peres. MELLO, Lawrence Estivalet (orgs.). CARDOSO JR, José Celso. SILVA, João Luiz Arzeno (coords.). Erosão de Direitos: reformas neoliberais e assédio institucional. Curitiba: Kaygangue, 2020. p. 98-99).

enquanto negros terão equiparação de renda com brancos somente em 2089.²⁰

Assim, a concentração de renda estabilizou-se no topo em níveis muito elevados em comparação com outros países, o que é indicativo de políticas de inclusão, e não de políticas de redistribuição de renda. Concorde-se com Souza²¹ no sentido de que a tímida tributação sobre a renda e a propriedade, a política salarial e previdenciária para a elite do funcionalismo público, acesso privilegiado a crédito, isenções e subsídios para grandes grupos empresariais são fatores de reprodução da desigualdade.

O Brasil comporta uma enorme parcela da população morando em favelas ou habitações sem saneamento básico, como água, esgoto e coleta de lixo, com altos índices de desemprego, de desalento e de relações precarizadas. De acordo com a Agência Nacional de Águas (ANA),²² somente na área urbana, dos 5.565 municípios brasileiros, 55% têm déficit no abastecimento de água. O referido estudo aponta que 84% das cidades necessitam de investimentos urgentes para adequação de seus sistemas produtores de água potável.

Dados da Pesquisa de Orçamentos Familiares (POF) divulgados em setembro/2020, pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE),²³ apontam que o Brasil atingiu, em 2018, o pior índice de insegurança alimentar desde 2004; e indicam o retorno do país ao Mapa da Fome da ONU.²⁴ De acordo com o IBGE, os dados apontam para a reversão de uma trajetória de queda dos índices de insegurança alimentar que vinha sendo identificada desde 2004, quando a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) demonstrou que 34,9% dos lares brasileiros tinham algum nível de insegurança alimentar. No mesmo levantamento feito em 2013, o índice chegou a 22,6%. Os dados da Pesquisa de Orçamentos Familiares (POF 2018) demonstram um aumento de 62,4% no número de domicílios com insegurança alimentar (que passou a estar presente em 36,7% dos domicílios brasileiros). Salienta-se que os dados são anteriores à pandemia e confirmam que, em cinco anos, o país retrocedeu quinze anos em sua condição de segurança alimentar.

Os referidos dados estatísticos demonstram a brutal desigualdade social existente no Brasil – e a urgência de combatê-los.

3. A Implementação da Renda Básica de Cidadania como Mecanismo Efetivo para a Redução da Desigualdade Social

No Brasil, a pandemia apenas acelerou a necessidade urgente de viabilizar o

20 BRASIL. OXFAM BRASIL. Relatório: A Distância que Nos Une: um retrato das desigualdades brasileiras. Disponível em: <<https://oxfam.org.br/um-retrato-das-desigualdades-brasileiras/a-distancia-que-nos-une/>>. Acesso em: 20 dez. 2020.

21 SOUZA, Pedro H. G. Ferreira de. Uma História de Desigualdade: a concentração de renda entre os ricos no Brasil 1926-2013. São Paulo: Hucitec, 2018. p. 365.

22 BRASIL. Agência Nacional de Águas. Acesso à Água Potável no Brasil Ainda Permanece como Desafio. Disponível em: <<https://www.ana.gov.br/noticias-antigas/acesso-a-a-gua-pota-vel-no-brasil-ainda-permanece.2019-03-15.2041077813>>. Acesso em: 20 dez. 2020.

23 BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Pesquisa de Orçamentos Familiares de 2017-2018: análise da segurança alimentar no Brasil. Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/busca.html?searchword=inseguran%C3%A7a+alimentar+>>>. Acesso em: 20 dez. 2020.

24 Em 2014, o país atingiu o menor patamar em insegurança alimentar, saindo do Mapa da Fome.

acesso a direitos e garantias fundamentais, mediante uma nova agenda econômica e política. A Seguridade Social, financiada por contribuições relacionadas direta ou indiretamente à produção de mercadorias, não mais se sustenta. O que se propõe é a criação de uma renda básica incondicionada, desvinculada do emprego, e não restrita ao período de pandemia, válida para todos os brasileiros.

Em 1991, foi apresentado um Projeto de Lei, proposto por Eduardo Matarazzo Suplicy, à época Senador da República, que instituía o Programa e Garantia de Renda Mínima, através de um imposto de renda negativo para todas as pessoas a partir de 25 anos. O Projeto foi aprovado pelo Senado, porém não chegou a ser votado na Câmara dos Deputados. Em 2001, o mesmo senador apresentou um novo projeto que instituía a renda básica de cidadania, incondicional para todas as pessoas, para ser implantada gradualmente, iniciando pelos mais necessitados. O Projeto foi aprovado no Senado e na Câmara dos Deputados, e, em janeiro de 2004, sancionado pelo Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva. Desse modo, foi editada a Lei nº 10.835, a qual instituiu a renda básica de cidadania, ou seja, o direito de todos os brasileiros e estrangeiros residentes há pelo menos cinco anos no Brasil, não importando sua condição socioeconômica, de receberem, anualmente, um benefício monetário – de igual valor para todos, e suficiente para atender às despesas mínimas de cada pessoa com alimentação, educação e saúde (considerando para isso o grau de desenvolvimento do País e as possibilidades).

A abrangência mencionada, conforme a lei, deveria ser alcançada em etapas, a critério do Poder Executivo, priorizando-se as camadas mais necessitadas da população. Ocorre que, mais de 16 anos após a publicação da referida lei, esta não foi regulamentada; e também não foi demonstrado interesse político na implementação da renda de cidadania nos moldes previstos, para todos e sem condicionantes. Para Suplicy, o Programa Bolsa Família pode ser visto como a primeira fase da implementação da renda básica.²⁵ Contudo, embora o Programa tenha sua indiscutível relevância, não apresenta as características de uma renda básica universal, trata-se de um programa focalizado e limitado, que atinge em torno de 13,5 milhões de famílias, com várias condicionalidades.

Os motivos para a adoção de uma renda universal podem ser sintetizados com base em aspectos econômicos, sociais e trabalhistas. Sob o ponto de vista econômico, a renda universal permitiria uma segurança para cada indivíduo, diante da incapacidade do atual sistema capitalista de oferecer essa segurança através de empregos com salários dignos; sob o aspecto social, a renda básica frearia o processo de desconstrução dos direitos sociais, especialmente dos mecanismos que proporcionam solidariedade e proteção social; e, sob a perspectiva trabalhista, o sistema permitiria lutar contra a precariedade no emprego, aumentando o poder de negociação dos trabalhadores. Além disso, a renda básica universal teria efeitos morais e psicológicos positivos para a sociedade, uma vez que agiria como paracheque contra os ataques adversos, diminuiria as armadilhas da precariedade, eliminaria a incerteza na qual vivem os mais desfavorecidos e fomentaria a liberdade

25 SUPPLICY, Eduardo Matarazzo. Renda Básica de Cidadania: a resposta dada pelo vento. Porto Alegre: L&PM Pocket, 2006. p. 08.

pessoal do conjunto da população.²⁶

Desse modo, a renda básica parece uma estratégia eficaz para reduzir a exclusão social e a desigualdade; porém, para ser efetivada, será necessária vontade política, inclusive para uma ampla reforma tributária. A renda básica poderá ser incluída às demais despesas governamentais e financiada por diversas fontes, ou ter o financiamento específico, vinculado, por exemplo, às movimentações do capital especulativo, através de taxaço sobre ganhos financeiros e dividendos.

Atualmente, o mercado de capitais representa uma produção social, e, portanto, deve ser taxado para que parte dos dividendos retornem à sociedade – e não apenas a uma minoria de investidores descompromissados com a questão social. Assim, como refere Piketty, para que a democracia possa retomar o controle do capitalismo financeiro globalizado neste novo século, também é necessário inventar novos instrumentos, adaptados aos desafios de hoje.²⁷ Para ele, o instrumento ideal seria um imposto mundial e progressivo sobre o capital, juntamente com uma transparência financeira internacional.

Além da taxaço sobre ganhos financeiros, o Brasil poderá usar como fonte para custeio da renda básica universal os impostos sobre as grandes fortunas. Há mais de três décadas a Constituição Federal faz previsão desta modalidade de imposto, porém, como depende de lei complementar, até a presente data não fora instituído.

4. Considerações Finais

A desigualdade social existente no Brasil é inaceitável. Em tempos de pandemia, uma parcela enorme da população não dispõe de água e sabão para lavar as mãos, principal defesa, conforme a Organização Mundial da Saúde (OMS), para reduzir a contaminação. Uma crise sanitária desta magnitude demonstra que os mais vulneráveis não têm apenas uma relação de dependência, mas de interdependência na sociedade. Estamos todos vinculados, ricos e pobres; e a vulnerabilidade dos mais pobres pode impactar toda a sociedade.

Daí a importância de pensar em outras possibilidades que possam encontrar o ponto de equilíbrio, a justiça social e a dignidade humana. A estipulação de uma renda básica individual e incondicional seria um investimento e não um custo social, atacando a pobreza estrutural e não apenas seus efeitos, o que reduziria a desigualdade – em conformidade com o direito à igualdade previsto no âmbito do direito internacional dos direitos humanos.

Referências Bibliográficas

BRAGATO, Fernanda Frizzo. ADAMATTI, Bianka. Igualdade, Não Discriminação

26 RUIZ, Diego Llanes. Porqué Apoyo la Renta Básica Universal. Disponível em: <<http://www.sinpermiso.info/textos/porqu-apoyo-la-renta-bsica-universal>>. Acesso em: 20 dez. 2020.

27 PIKETTY, Thomas. O Capital no Século XXI. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014. p. 501.

e Direitos Humanos: são legítimos os tratamentos diferenciados? Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/509929/001032257.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 20 dez. 2020.

BRAGATO, Fernanda Frizzo. Direitos Humanos além da Lógica Formal do Princípio da Igualdade: uma leitura a partir do princípio da não discriminação. In: STRECK, Lenio Luiz. ROCHA, Leonel Severo. ENGELMANN, Wilson (orgs.). Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: Mestrado e Doutorado, nº 10. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

BRASIL. Agência Nacional de Águas. Acesso à Água Potável no Brasil Ainda Permanece como Desafio. Disponível em: <<https://www.ana.gov.br/noticias-antigas/acesso-a-a-gua-pota-vel-no-brasil-ainda-permanece.2019-03-15.2041077813>>. Acesso em: 20 dez. 2020.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Pesquisa de Orçamentos Familiares de 2017-2018: análise da segurança alimentar no Brasil. Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/busca.html?searchword=inseguran%C3%A7a+alimentar+>>>. Acesso em: 20 dez. 2020.

BRASIL. OXFAM BRASIL. Relatório: A Distância que Nos Une: um retrato das desigualdades brasileiras. Disponível em: <<https://oxfam.org.br/um-retrato-das-desigualdades-brasileiras/a-distancia-que-nos-une/>>. Acesso em: 20 dez. 2020.

CRENSHAW, Kimberlé. Documento para o Encontro de Especialistas em Aspectos da Discriminação Racial Relativos ao Gênero. Disponível em: <<https://www.scielo.br/pdf/ref/v10n1/11636.pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2020.

LIMA, Firmino Alves. Teoria da Discriminação nas Relações de Trabalho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

PIKETTY, Thomas. O Capital no Século XXI. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

RIOS, Roger Raupp. Direito da Antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

RIOS, Roger Raupp. Discriminação Orçamentária, Interseccionalidade e Equilíbrio Fiscal em Tempos de Neoliberalismo. In: GEDIEL, José Antônio Peres. MELLO, Lawrence Estivalet (orgs.). CARDOSO JR, José Celso. SILVA, João Luiz Arzeno (coords.). Erosão de Direitos: reformas neoliberais e assédio institucional. Curitiba: Kaygangue, 2020.

RUIZ, Diego Llanes. Porqué Apoyo la Renta Básica Universal. Disponível em: <<http://www.sinpermiso.info/textos/porqu-apoyo-la-renta-bsica-universal>>. Acesso em: 20 dez. 2020.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Reconhecer para Libertar: os caminhos do cosmopolitanismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SHELTON, Dinah. Prohibición de Discriminación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Disponível em: <<http://www.revistas.uchile.cl/index.php/ADH/article/viewFile/13488/13756>>. Acesso em: 20 dez. 2020.

SOUZA, Pedro H. G. Ferreira de. Uma História de Desigualdade: a concentração de

renda entre os ricos no Brasil 1926-2013. São Paulo: Hucitec, 2018.

SUPLICY, Eduardo Matarazzo. Renda Básica de Cidadania: a resposta dada pelo vento. Porto Alegre: L&PM Pocket, 2006.

ZULOAGA, Patricia Palacios. La No Discriminación: estudio de la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos sobre la cláusula autónoma de no discriminación. Disponível em: <<http://www.cdh.uchile.cl/media/publicaciones/pdf/7.pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2020.

Uso das epistemologias feministas no ensino jurídico: um caminho para a realização da justiça

The use of feminist epistemologies in legal education: a path to justice realization

Camila Franco Henriques¹

Sumário: 1. O ensino jurídico; 2. Epistemologias feministas; 3. O Direito e a realização da justiça; 3.1. Decisão do Processo n.º 355/15.2 GAFLG.P1: relatoria de Joaquim Neto de Moura; 3.2. Audiência do caso Mari Ferrer; Considerações Finais; Bibliografia.

Resumo: O Direito, como instrumento de regulação da sociedade, pauta-se, dentre outros, na igualdade e na justiça. Assim, o ensino jurídico deve ser pensado como forma de instruir os futuros aplicadores do direito com esses valores. Diante das transformações sociais, como é o caso das relações entre homens e mulheres, o jurista precisa compreender os contornos das novas realidades e o Direito a partir de um racionalismo crítico, que pode ser feito por meio das epistemologias feministas. Neste contexto, o presente artigo tem como objetivo apontar as epistemologias feministas como caminho para se repensar o ensino jurídico. Busca responder o seguinte problema de pesquisa: por que as epistemologias feministas são importantes no ensino jurídico? Para tanto, a pesquisa qualitativa, feita por meio do método indutivo, ao analisar dois casos particulares, que ganharam repercussão nacional no Brasil e em Portugal, para poder chegar a uma conclusão geral. Será primordialmente bibliográfica, sendo utilizada doutrina acerca do direito, do ensino jurídico, de transformações sociais relacionadas à mulher, das epistemologias feministas e da justiça, a decisão judicial do Processo n.º 355/15.2 GAFLG.P1 e a audiência do caso Mari Ferrer. Os dados utilizados serão primários, com leitura direta das decisões e visualização da íntegra da audiência.

Palavras-chave: justiça; ensino jurídico; mulheres; epistemologias feministas.

Abstract: Law, as a regulating instrument in society, is based, among others, on equality and justice. Thus, legal education should be thought as a way of instructing future law enforcers with these values. Faced with social transformations, as is the case of relations between men and women, the jurist needs to understand the contours of the new realities and the Law with critical rationalism, which can be done through feminist epistemologies. In this context, this article aims to point out feminist epistemologies as a way to rethink legal education. It seeks to answer the following research problem: why are feminist epistemologies important in legal education? For that, it will be done through qualitative research, using the inductive method, by analyzing two particular cases, which gained national repercussion in Brazil and Portugal, in order to reach a general conclusion. It will be primarily bibliographic, using doctrine about law, legal education, social changes related to women, feminist epistemologies and justice, the judicial decision of Case No. 355/15.2 GAFLG.P1 and the hearing of the Mari Ferrer case. The data used will be primary, with direct reading of the decisions and full view of the audience.

Keywords: justice; legal education; women; feminist epistemologies.

¹ Doutoranda na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, com especialidade na área de História do Direito. Coordenadora do Grupo de Pesquisa Gênero e Justiça – perspectivas interdisciplinares. Advogada. Integrante da Comissão da Mulher Advogada (CMA) - OAB/PA. Integrante do Núcleo de História do Direito (FDUL). Integrante do Projeto de Pesquisa - Corpo, Gênero, Relações de Poder, em uma interface com o Direito. Integrante do Grupo de Estudos e Pesquisa Interdisciplinar Lélia Gonzalez. Mestre em Direitos Humanos e Inclusão Social pela UFPA. E-mail: camilafrancoh@gmail.com.

1. O ensino jurídico

Dentre os diversos conceitos para o Direito, pode-se considerá-lo, num sentido técnico, um “sistema único de normas jurídicas integradas [...] produzidas para regular, em determinado espaço e tempo, os interesses de uma comunidade nacionalmente organizada”², e num sentido social, uma técnica de controle social.³ Mas, para além de um conjunto de normas ou uma técnica de controle social, o Direito pode funcionar como um “instrumento viabilizador da igualdade, da justiça, da solidariedade e da inclusão social”.⁴

Em questões práticas, o Direito é um fenómeno complexo, repleto de especificidades, criado para regular as ações e para dar respostas à sociedade, ou seja, para pacificação dos conflitos sociais e promoção de valores como justiça e igualdade através dos poderes estatais. Por ter relação intrínseca com a realidade social, quando esta muda, o direito, a ciência jurídica, seu ensino, interpretação e aplicação devem acompanhar.

Mas, ao analisar o ensino jurídico, verifica-se que ainda é caracterizado por ser tradicional e conservador, ministrado por meio de aulas-conferência e, na maioria dos casos, restrito à legalidade e validade das normas, ignorando fatores sociais que são intrínsecos a elas.⁵ Mostrando-se como reflexo das universidades tradicionais, atua ora como mantenedor do status quo, ora como reprodutor da modernização de outros lugares.⁶

Observando a história, especificamente do Brasil e de Portugal, países que estão em foco no presente artigo, percebe-se uma intensa transformação social no que diz respeito às mulheres e a relação entre homens e mulheres, em especial no último século. Muitas dessas transformações⁷ foram contempladas pelo direito formal, mas

2 WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico. Fundamentos de uma nova cultura no Direito*. 3ª ed. São Paulo: Alfa Omega, 2001. p. 61.

3 RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Ensino Jurídico e Direito Alternativo*. São Paulo: Acadêmica, 1993. p. 15.

4 VERBICARO, Loiane Prado. As transformações do Poder Judiciário nas Democracias Contemporâneas. *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Pará*, n. 18, p. 193-210, jan./jun. 2008. p. 193.

5 A estrutura do ensino jurídico, com método lógico-formal e crença na neutralidade/objetividade do operador, é vinculada a valores “ [...] culturais, políticos, econômicos e jurídicos vinculados ao liberalismo. [...] reproduzido por um paradigma epistemológico positivista, [...] a norma é o objeto privilegiado do conhecimento jurídico. [...]”. RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Ensino Jurídico e Direito Alternativo*. ob. cit. p. 17.

6 MOSSINI, Daniela Emmerich de Souza. *Ensino jurídico: história, currículo e interdisciplinaridade*. 2010. 249 f. Tese (Doutorado em Educação) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 61.

7 Ao quebrar tradições e paradigmas, as mulheres deixaram a esfera doméstica como sendo única de sua existência, inseriram-se no mercado de trabalho, ganharam liberdade e independência através do voto e da possibilidade de trabalhar sem autorização do marido, ganharam poder sobre seus corpos, dentre muitas outras vitórias. Cf. ALÃO, Ana Paula. As mudanças na condição feminina e na família. In: *Portugal Contemporâneo*. Vol. 6. A Implantação do Regime Democrático e a Descolonização, a modernização da economia e da sociedade, a cultura em liberdade e novos valores. António Reis (direção). Lisboa: Alfa, 1992. p. 365-372; BELEZA, Teresa. *Direito das mulheres e da igualdade social*. Coimbra: Almedina, 2010; FEDERICI, Silvia. *Calibã e a Bruxa: Mulheres, corpo e acumulação primitiva*. Tradução: Coletivo Sycorax. São Paulo: Elefante, 2017. Título original: *Caliban and the Witch: Women, the Body and Primitive Accumulation*; FRAISSE, Geneviève. *Da destinação ao destino. História filosófica da diferença entre os sexos*. In: FRAISSE, Geneviève; PERROT, Michelle (direção). *História das Mulheres. O século XIX*. Vol. 4. Tradução: Cláudia Gonçalves e Egito Gonçalves. PORTO: Afrontamentos, [1994?]. p. 59-95. Título original: *Storia delle Donne*; LEFAUCHEUR, Nadine. *Maternidade, família, Estado*. In: *História das Mulheres. O século XX*. Vol. 5. Tradução: Alda Maria Durães, Alice Teles, Alberto Couto, Egito Gonçalves, João Gaspar Neves, José S. Ribeiro, Maria João Lourenço e Maria Manuela Marques da Silva. THÉBAUD, Françoise (direção). PORTO: Afrontamentos, [1995?]. p. 479-503. Título original: *Storia delle Donne*; PIMENTEL, Silvia. *Evolução dos direitos da mulher: norma, fato, valor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978; PINTO, Célia Regina Jardim. *Uma história do feminismo no Brasil*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2003.

o ensino, interpretação e aplicação ainda demonstram um conservadorismo e falta de sensibilidade e capacitação dos profissionais ao lidar com temáticas relacionadas à mulher. Neste contexto, nascem as epistemologias feministas como um caminho a ser seguido no ensino jurídico.

2. Epistemologias feministas

O racionalismo crítico, ou racionalidade crítica, defende que a evolução de ideias se funda numa “reflexão sempre renovada que, em seu campo de investigação, desfaz e refaz as ordens jurídicas a fim de assegurar, através do desenraizamento dos dogmas, a compreensão dos fundamentos racionais do direito”.⁸ Nesta mesma linha segue o criticismo jurídico, que tem como objetivo fugir das utopias de um “metajurismo dogmático” que pressupõe um saber ilimitado, máximo, absoluto, com seu sistema fechado. Baseia-se numa ideia para além da visão cientificista, não se bastando em si mesmo, podendo – e devendo – ser sempre renovado, o que é possível pela sua reflexividade. E, na tentativa de quebra desse dogma, ganha relevância uma visão reflexiva crítica acerca das leis e do próprio direito.⁹

Vale ressaltar, porém, que assim como rejeita qualquer tipo de engessamento do direito por meio dos dogmas também rejeita qualquer tipo de absolutismo ou extremismo, sendo necessária uma compreensão da pluralidade e uma constante reflexão acerca no mundo jurídico. É neste contexto que se incluem as epistemologias feministas.

As epistemologias feministas, assim como os feminismos, devem ser assim denominadas pela existência de várias teorias e métodos produtores de conhecimento. Mas, apesar da sua pluralidade metodológica, as epistemologias feministas possuem um ponto em comum: a ciência tem gênero. Elas “entendem que o conhecimento é sempre situado, posicionando-se contra a objetividade e a neutralidade características da ciência positivista androcêntrica [...]. A imparcialidade, [...] não é possível, nem sequer desejável [...]”.¹⁰

Então, uma interpretação e aplicação feminista do direito teria fundamentalmente que validar e reconhecer as vivências e experiências das partes, de acordo com suas subjetividades. Teria que compreender as estruturas de opressão, discriminação e violência sociais, para se opor a elas. E são as epistemologias feministas que nos fornecem as ferramentas para “inclusão dos aspectos de gênero e de poder na construção do conhecimento”.¹¹ Para além disso, as epistemologias e teorias feministas são as bases para a compreensão da intersecção das diversas opressões,¹² mostrando-se um caminho valioso, para não dizer necessário, para ensinar, interpretar

8 GOYARD-FABRE, Simone. *Filosofia crítica e razão jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 302.

9 GOYARD-FABRE, Simone. *Filosofia crítica e razão jurídica* ob. cit. p. 303.

10 NARVAZ, Martha Giudice; KOLLER, Silvia Helena. *Metodologias Feministas e Estudos de Gênero: articulando pesquisa, clínica e política*. *Psicologia em Estudo*, Maringá, v. 11, n. 3, p. 647-654, set./dez. 2006. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/pe/v11n3/v11n3a20.pdf>. Acesso em: 3 jan. 2021. p. 651.

11 NARVAZ, Martha Giudice; KOLLER, Silvia Helena. *Metodologias Feministas e Estudos de Gênero: articulando pesquisa, clínica e política*. ob. cit. p. 651.

12 Cf. COLLINS, Patricia Hill. *Pensamento Feminista Negro: conhecimento, consciência e a política do empoderamento*. Tradução Jamille Pinheiro Dias. 1ª edição. São Paulo: Boitempo Editorial, 2019.

e aplicar o direito atualmente.

3. O Direito e a realização da justiça

Ao considerar o Direito como um instrumento para a realização da justiça – justiça aqui entendida como um conjunto aberto de valores que deve guiar o Direito e a atuação de seus operadores, deve-se observar que ele é muito mais amplo que as leis. Isso porque o Direito é feito por seus operadores, e não somente pelos legisladores. Neste sentido, é a interpretação e aplicação da lei que guarda o sentido da justiça, sendo capaz o bom operador do direito fazer uma boa aplicação até de uma lei ruim, enquanto o mau operador consegue dar um uso ruim até para uma lei boa. Assim, considera-se que o papel transformador do Direito é materializado por decisões justas.¹³

Ademais, acredita-se que não é possível concretizar valores como igualdade, justiça, solidariedade e inclusão social sem reconhecer as bases e estruturas opressoras e discriminatórias da sociedade, como é o patriarcado. Portanto, compreender e reconhecer questões de gênero, que se opõe a essa estrutura, é imperioso para o alcance da justiça.

A fim de demonstrar a relevância das epistemologias feministas no direito – e na sua base, o ensino jurídico – foram selecionados dois casos recentes que ganharam repercussão nacional em Portugal e no Brasil, um de 2017 e outro de 2020, respectivamente.

3.1. Decisão do Processo n.º 355/15.2 GAFLG.P1:¹⁴ relatoria de Joaquim Neto de Moura

Este caso envolve 3 pessoas, que permanecem em anonimato na decisão. A é a sobrevivente¹⁵ e X e Y são os acusados. X acusado pelos crimes de violência doméstica e detenção de arma proibida, e Y acusado dos crimes de sequestro, ofensa à integridade física simples, perturbação da vida privada e violência doméstica.

Quanto aos fatos provados, A, casada com X, teve um relacionamento extraconjugal com Y nos meses de novembro e dezembro de 2014, e pôs termo a este relacionamento no final de dezembro de 2014. A início de março de 2015, A e X se separam de fato, momento a partir do qual A saiu da casa onde a família habitava e passou a residir com a filha menor. X e Y não lidaram bem com a situação. X mandava mensagem violentando verbalmente e psicologicamente A, chamando-a de puta e

13 CAVALIERI FILHO, Sérgio. Direito, Justiça e Sociedade. Revista da EMERJ, v. 5, n.18, p. 58-65. 2002. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/19212673.pdf>. Acesso em 3 jan. 2021.

14 PORTO. Tribunal da Relação do Porto (1.ª Secção Criminal). Recurso Penal. Processo n.º 355/15.2 GAFLG.P1. Relator: Neto de Moura, 11 de novembro de 2017. Disponível em: <https://www.tsf.pt/Galerias/PDF/2017/10/acordao%20adulterio.pdf>. Acesso em: 03 jan. 2021.

15 A escolha do termo não é casual. Ao afirmar que uma mulher é sobrevivente, e não vítima, de uma violação, quer dizer que ela conseguiu mudar a narrativa dos acontecimentos para partilhá-lo, deixando de ser vítima para ser sobrevivente do trauma. Então, toda mulher que conta sobre uma violência, é uma sobrevivente. BERNARDINO, Carla. Passar de vítima a sobrevivente? Como falar dos traumas ajuda. Delas.pt, Corpo e Mente, 09 jan. 2020. Disponível em: <https://www.delas.pt/passar-de-vitima-a-sobrevivente-falar-dos-traumas-ajuda/corpo-e-mente/751319/>. Acesso em: 04 jan. 2021.

ameaçando-a de morte. Y não aceitou o fim de relacionamento e passou a perseguir e assediar A, buscando o reestabelecimento da relação.

Em 29 de junho de 2015, Y abordou A em seu carro, a obrigou a passar ao banco do passageiro e continuou as tentativas de reatar o relacionamento. A negou. Y, então, ligou para X, indicando sua localização e informando que estava com A. A tentou fugir, mas Y a imobilizou até X chegar ao local com uma moça (objeto comprido de madeira com a ponta arredondada cheia de pregos). Enquanto Y segurava A, X a golpeou na cabeça, fazendo cair no chão, Y fugiu e X continuou a golpeá-la em várias partes do corpo. A conseguiu escapar, não sem ter várias lesões no corpo, pois X escorregou e caiu no chão.

Em sede recursal, decisão do caso ora analisada, foi afirmado que não havia elementos suficientes para afirmar uma atuação em conluio de X e Y para agredir A. Além disso, se manteve a fundamentação de diminuição de culpa de X, mesmo que a agressão tenha sido cometida meses após a descoberta da relação extraconjugal, pois ele foi diagnosticado com depressão, e “não é preciso ser perito médico [...] para se alcançar que uma depressão grave [...] não se cura em dois dias [...]”.¹⁶ Foi, também, decidido favoravelmente à manutenção das penas antes proferidas¹⁷, pelo fato de os acusados estarem integrados na sociedade e não terem antecedentes criminais, sendo considerados “cidadãos fiéis ao direito, [...] mostram-se perfeitamente integrados na sociedade. Tudo indica que os actos praticados foram meramente ocasionais, que não repetirão. Nenhum deles revela características desvaliosas da sua personalidade”.¹⁸

Ao final da decisão, o magistrado elucida que

Este caso está longe de ter a gravidade com que, geralmente, se apresentam os casos de maus tratos no quadro da violência doméstica. [...] a conduta do arguido ocorreu num contexto de adultério praticado pela assistente. Ora, o adultério da mulher é um gravíssimo atentado à honra e dignidade do homem. Sociedades existem em que a mulher adúltera é alvo de lapidação até a morte. Na Bíblia, podemos ler que a mulher adúltera deve ser punida com a morte. Ainda não foi há muito tempo que a lei penal [...] punia com uma pena pouco mais que simbólica o homem que, achando sua mulher em adultério, nesse acto a matasse. Com estas referências, pretende-se, apenas, acentuar que o adultério da mulher é uma conduta que a sociedade condenou e condena fortemente [...] por isso vê com alguma compreensão a violência exercida pelo homem traído, vexado e humilhado pela mulher. Foi a deslealdade e a imoralidade sexual da assistente que fez o arguido X cair em profunda depressão e foi nesse estado depressivo e toldado pela revolta que praticou o acto de agressão, [...]. Por isso, pela acentuada diminuição da culpa e pelo arrependimento genuíno, podia ter sido ponderada uma atenuação especial da pena para o arguido X.¹⁹

16 PORTO. Tribunal da Relação do Porto (1.ª Secção Criminal). Recurso Penal. Processo n.º 355/15.2 GAFLG. P1. ob. cit. p. 15.

17 Em primeira instância, X foi condenado a 1 ano e 3 meses de prisão, pena que foi suspensão pela sujeição da medida de proibição de qualquer contato ou aproximação com a sobrevivente, e multa de € 1.750,00 (mil, setecentos e cinquenta euros). Y foi condenado a 1 ano de prisão, pena que foi suspensão pela sujeição da medida de proibição de qualquer contato ou aproximação com a sobrevivente, e multa de € 3.480,00 (três mil e quatrocentos e oitenta euros) e mais € 3.500,00 (três mil e quinhentos euros), a título de danos não patrimoniais, à A. O Ministério Público recorreu, alegando erro na valoração da prova e omissão quanto a fatos considerados essenciais para a análise e conclusão do julgado, em especial, o fato de X ter conhecimento prévio da relação extraconjugal de A e Y, e que X e Y agiram de forma premeditada para o cometimento da agressão. Requereu, assim, aplicação da pena de 3 anos e 6 meses de prisão. PORTO. Tribunal da Relação do Porto (1.ª Secção Criminal). Recurso Penal. Processo n.º 355/15.2 GAFLG. P1. ob. cit. p. 1-3.

18 PORTO. Tribunal da Relação do Porto (1.ª Secção Criminal). Recurso Penal. Processo n.º 355/15.2 GAFLG. P1. ob. cit. p. 21.

19 PORTO. Tribunal da Relação do Porto (1.ª Secção Criminal). Recurso Penal. Processo n.º 355/15.2 GAFLG. P1. ob. cit. p. 19-20.

Percebe-se, assim, uma clara reculpabilização da sobrevivente e diminuição da culpa pelos agressores, quando é afirmado que foi a conduta sexual imoral de A que levou X a praticar o ato. Observa-se um reforço sistema machista e patriarcal pela naturalização de situações de violência contra a mulher e compreensão da conduta de X. Assim, defende-se aqui que a ausência de uma postura reprovável a condutas misóginas, verificada no presente caso, só pode ser alterada com uma mudança de paradigmas epistemológicos jurídicos.

2.1. Audiência do caso Mari Ferrer

Neste caso, André de Camargo Aranha foi acusado de estupro de vulnerável por Mariana Ferreira (Mari Ferrer). Quanto aos fatos, ficou provado inequivocamente somente que em 15 de dezembro de 2018 houve conjunção carnal entre André e Mariana. Mariana alegou ter sido dopada e, apesar das várias mensagens que foram trocadas com testemunhas, quase ininteligíveis, o laudo pericial demonstrou ausência de substâncias e há gravações que a mostram se deslocando com salto alto por um caminho difícil sem grandes dificuldades.²⁰

No vídeo integral da audiência (disponibilizado no Youtube), nota-se que todos os participantes juiz, defensor público, membro do Ministério Público (MP) e advogado de defesa, Dr. Cláudio Gastão da Rosa Filho, com exceção de Mariana, são homens. Já nos primeiros minutos da sessão, após a fala do advogado de defesa, que se mostra hostil desde a primeira manifestação, Mariana se desestabiliza, o juiz já demonstra impaciência (5'10") e é pedido pelo membro do MP que ela confie na imparcialidade deles (6'25").

Ao iniciar a arguição (13'54") o advogado de defesa, Dr. Gastão, questiona de maneira irônica se Mariana tem algo para reclamar do juiz ou do promotor do caso, pois "ela reclama de todo mundo" (14'33"). Ele, então, começa a mostrar diversas fotos da depoente (14'40"), com claro objetivo de atingir sua imagem. Ela se mostra resistente em aceitar essa violência ao responder somente sim ou não, como foi orientado, e é responsiva no sentido de afrontar o arguente para que todo o contexto relacionado à foto seja exposto.

Mariana, então, acusa o Dr. Gastão de cometer assédio contra ela (18'19"), porque ele teria se referido a uma foto dela como "muito bonita, por sinal". Ele se desestabiliza e começa a proferir ofensas contra ela, afirmando que "não tenho uma filha do teu nível, graças a Deus. E, também, peço que a Deus que meu filho não encontre uma mulher como você. Você falou da minha filha [...]" (18'25"). A pedido do defensor – que, após as questões técnicas de constituição de advogado particular, fez somente essa manifestação em 45 minutos de audiência – a discussão foi interrompida pelo juiz, que afirmou não ser possível continuar o ato se continuasse assim (18'41"). Dr. Gastão insistiu em continuar o ataque e foi novamente interrompido pelo juiz, que o orientou a voltar para as perguntas.

Mesmo assim, a arguição violenta e ataques verbais contra a depoente

20 ESTADO DE SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça (3ª Vara Criminal). Autos nº 0004733-33.2019.8.24.0023. Ação Penal - Procedimento Ordinário. Juiz de Direito Rudson Marcos, 9 de setembro de 2020. p.

continuaram. “Olhando para você, eu posso até supor o que as pessoas são capazes de fazer. Você é um bom exemplo” (20’45”), “Chorar não é explicação. Não adianta vir com esse teu choro simulado e essas lágrimas de crocodilo” (22’46”), “Ela quer debater comigo e depois chora” (29’31”), “Essa tua conversa pode impressionar no Instagram, mas aqui está falando com juiz, com promotor. Não tem ignorante aqui que vai acreditar no que tu está falando. No Instagram, tu pode vir com essa conversa. Aqui vais ter que responder e não adianta chorar. Não adianta chorar. Chorar para mim não é contra-argumento. [...] Excelência está vendo que não sai nenhuma resposta. Eu vou prosseguir, ela não responde. Antes que comece a choradeira” (30’37”), “Aqui você deve me responder. Não dá para dar o teu showzinho. O teu showzinho tu dá lá no teu instagram depois, para ganhar mais seguidores. Tu vive disso. [...] Esse é seu ganha pão, né, Mariana? A verdade é essa. É seu ganha pão a desgraça dos outros. Manipular essa história de virgem [...]” (39’30”), “Essa foto aqui foi extraída de um site de um fotógrafo, onde a única foto chupando o dedinho é essa aqui, e com posições [...] ginecológicas, é só dela” (40’16”), “Essas fotos não têm nada demais, mas por que você apaga essas fotos, Mariana? E só aparece essa tua carinha chorando, só falta uma auréola na cabeça” (40’57”), foram algumas das frases ditas pelo advogado de defesa ao longo da audiência.

Apesar das interrupções feitas pelo juiz que presidiu a audiência quando os ataques se estendiam, é visível o incomodo e vulnerabilidade de Mariana, a estratégia de defesa de tentar deslegitimá-la, atacando sua imagem por algumas fotos disponíveis on-line, e a complacência de todos os agentes com esse tipo de conduta, que na práxis jurídica é tida como normal, especialmente em casos de violência contra mulher.²¹ O que se percebe é a constante reculpabilização da sobrevivente, como se ela devesse assumir responsabilidade por dar ensejo à violência ocorrida.

Na sentença, André de Camargo Aranho foi absolvido com base no princípio in dubio pro reo, sendo argumentado que inexistiam provas suficientes para se afirmar que no momento da consumação do ato havia um estado real de vulnerabilidade de Mariana Ferrer, fosse pela ausência de discernimento para a prática do ato ou pela impossibilidade de oferecer resistência, que são elementos essenciais pela caracterização do crime de estupro.²²

Mas, para além dos juízos sobre a materialidade do estupro, as violências sofridas por Mariana Ferrer ao longo da audiência, escancaram a naturalização da violência contra mulher, incluindo a violência institucional, e o despreparo dos operadores para lidar com questões sobre a mulher e intervir nos casos de violência, pois não há estratégia de defesa que justifique o tratamento que foi dispensado a Mariana.

3. Considerações Finais

Diante do exposto, considera-se o ensino jurídico e a capacitação de juristas

21 Cf. SOUZA, Luanna Tomaz de; CUNHA, Amayna Beatriz Neves Farias Dantas da. As diretrizes de feminicídio e a atuação da Defensoria na assistência para vítimas sobreviventes. In: *Advocacia Criminal Feminista*. Ezilda Melo, Thaise Mattar Assad (coord.). [S.l.]: Tirant lo blanch, 2020.

22 ESTADO DE SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça (3ª Vara Criminal). Autos nº 0004733-33.2019.8.24.0023. ob. cit. p. 3652.

ainda insuficientes para lidar com demandas relacionadas à mulher, diante da desconsideração das estruturas históricas de desigualdade e das subjetividades femininas.

As intensas mudanças sociais que ocorreram nos séculos XX e XXI referentes às mulheres, em vários aspectos formais foram contempladas pelo direito. Mas seu ensino, interpretação e aplicação ainda demonstram um conservadorismo e uma falta de sensibilidade, empatia e capacitação dos profissionais ao lidar com temáticas relacionadas à mulher. Questões facilmente perceptíveis tanto na decisão do Processo n.º 355/15.2 GAFLG.P1, quanto na audiência do caso Mari Ferrer.

Para combater essas condutas, nascem as epistemologias feministas como um caminho para que o Direito cumpra o seu papel e materialize os valores de igualdade, justiça, solidariedade e inclusão social. As epistemologias feministas se mostram importantes para o ensino jurídico porque elas permitem o reconhecimento da igualdade-diferença nas subjetividades de homens e mulher ao encarar o patriarcado – e o machismo – como uma forma de opressão das mulheres. As epistemologias feministas são o caminho para se compreender e enfrentar as discriminações e violências quotidianas contra as mulheres – e outros grupos vulnerabilizados, incluindo as violências institucionais sofridas por elas, como nos casos apresentados. Sem o uso de epistemologias feministas e seu ensino no âmbito jurídico, o Direito está fadado a continuar violento, desigual e injusto com as mulheres.

Referências Bibliográficas

ALÃO, Ana Paula. As mudanças na condição feminina e na família. In: Portugal Contemporâneo. Vol. 6. A Implantação do Regime Democrático e a Descolonização, a modernização da economia e da sociedade, a cultura em liberdade e novos valores. António Reis (direção). Lisboa: Alfa, 1992. p. 365-372.

BELEZA, Teresa. Direito das mulheres e da igualdade social. Coimbra: Almedina, 2010.

BERNARDINO, Carla. Passar de vítima a sobrevivente? Como falar dos traumas ajuda. Delas.pt, Corpo e Mente, 09 jan. 2020. Disponível em: <https://www.delas.pt/passar-de-vitima-a-sobrevivente-falar-dos-traumas-ajuda/corpo-e-mente/751319/>. Acesso em: 04 jan. 2021.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Direito, Justiça e Sociedade. Revista da EMERJ, v. 5, n.18, p. 58-65. 2002. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/19212673.pdf>. Acesso em 3 jan. 2021.

COLLINS, Patricia Hill. Pensamento Feminista Negro: conhecimento, consciência e a política do empoderamento. Tradução Jamille Pinheiro Dias. 1ª edição. São Paulo: Boitempo Editorial, 2019.

ESTADO DE SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça (3ª Vara Criminal). Autos nº 0004733-33.2019.8.24.0023. Ação Penal - Procedimento Ordinário. Juiz de Direito Rudson Marcos, 9 de setembro de 2020.

FEDERICI, Silvia. *Calibã e a Bruxa: Mulheres, corpo e acumulação primitiva*. Tradução: Coletivo Sycorax. São Paulo: Elefante, 2017. Título original: *Caliban and the Witch: Women, the Body and Primitive Accumulation*.

FRAISSE, Geneviève. Da destinação ao destino. História filosófica da diferença entre os sexos. In: FRAISSE, Geneviève; PERROT, Michelle (direção). *História das Mulheres. O século XIX*. Vol. 4. Tradução: Cláudia Gonçalves e Egito Gonçalves. PORTO: Afrontamentos, [1994?]. p. 59-95. Título original: *Storia delle Donne*.

GOYARD-FABRE, Simone. *Filosofia crítica e razão jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LEFAUCHEUR, Nadine. Maternidade, família, Estado. In: *História das Mulheres. O século XX*. Vol. 5. Tradução: Alda Maria Durães, Alice Teles, Alberto Couto, Egito Gonçalves, João Gaspar Neves, José S. Ribeiro, Maria João Lourenço e Maria Manuela Marques da Silva. THÉBAUD, Françoise (direção). PORTO: Afrontamentos, [1995?]. p. 479-503. Título original: *Storia delle Donne*.

MOSSINI, Daniela Emmerich de Souza. *Ensino jurídico: história, currículo e interdisciplinaridade*. 2010. 249 f. Tese (Doutorado em Educação) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010.

NARVAZ, Martha Giudice; KOLLER, Silvia Helena. Metodologias Feministas e Estudos de Gênero: articulando pesquisa, clínica e política. *Psicologia em Estudo*, Maringá, v. 11, n. 3, p. 647-654, set./dez. 2006. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/pe/v11n3/v11n3a20.pdf>. Acesso em: 3 jan. 2021.

PIMENTEL, Silvia. *Evolução dos direitos da mulher: norma, fato, valor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

PINTO, Célia Regina Jardim. *Uma história do feminismo no Brasil*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2003.

PORTO. Tribunal da Relação do Porto (1.^a Secção Criminal). *Recurso Penal*. Processo n.º 355/15.2 GAFLG.P1. Relator: Neto de Moura, 11 de novembro de 2017. Disponível em: <https://www.tsf.pt/Galerias/PDF/2017/10/acordao%20adulterio.pdf>. Acesso em: 03 jan. 2021.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Ensino Jurídico e Direito Alternativo*. São Paulo: Acadêmica, 1993.

SOUZA, Luanna Tomaz de; CUNHA, Amayna Beatriz Neves Farias Dantas da. As diretrizes de feminicídio e a atuação da Defensoria na assistência para vítimas sobreviventes. In: *Advocacia Criminal Feminista*. Ezilda Melo, Thaise Mattar Assad (coord.). [S.l.]: Tirant lo blanch, 2020.

VERBICARO, Loiane Prado. As transformações do Poder Judiciário nas Democracias Contemporâneas. *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Pará*, n. 18, p. 193-210, jan./jun. 2008.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico. Fundamentos de uma nova cultura no Direito*. 3^a ed. São Paulo: Alfa Omega, 2001.

Os desafios da administração pública na proteção de dados pessoais

The challenges of public administration in the protection of personal data

Thaís de Souza Corrêa Netto¹

Sumário: 1. Aspectos introdutórios sobre a internet e a Proteção de Dados Pessoais em âmbito global; 2. Proteção de Dados Pessoais no Brasil; 3. Principais áreas e setores econômicos afetados; 4. Os desafios da Administração Pública na Proteção de Dados Pessoais; Considerações Finais.

Resumo: Este artigo objetiva trazer reflexões sobre os desafios da Administração Pública na Proteção de Dados Pessoais. Para tanto, como critérios metodológicos, utiliza-se a revisão bibliográfica e a coleta de dados secundários. Trata-se de uma pesquisa teórico-empírica. A pesquisa se justifica na medida em que, com a globalização, com o surgimento das Tecnologias de Informação e Comunicação – TIC's e com a crescente digitalização da economia são produzidas informações e dados a todo momento, o que torna necessário a preocupação com a maneira com que os dados pessoais são tratados, em especial, os dados pessoais sensíveis. Recentemente foram divulgados diversos casos de vazamentos de dados pessoais envolvendo organizações públicas e privadas. Como é sabido, os dados pessoais são insumos para muitas atividades econômicas. Apesar do avanço das TIC's apresentar aspectos positivos, possibilitar reuniões à distância, o compartilhamento de informações em tempo real, a interligação dos Estados, entre outros, pode-se apontar a presença de aspectos negativos, como a perda da privacidade, a crescente vigilância e a detenção de informações pessoais sigilosas, que podem comprometer diversos direitos fundamentais dos indivíduos. Nesse sentido, busca-se neste trabalho, apresentar aspectos sobre a Internet e a Proteção de Dados Pessoais em âmbito global, as principais áreas e setores econômicos afetados, a Proteção de Dados Pessoais no Brasil, bem como, a Proteção de Dados Pessoais no setor público e os seus desafios.

Palavras-chave: Tratamento de Dados Pessoais; Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais; Administração Pública.

Abstract: This article aims to bring reflections on the challenges of Public Administration in Data Protection. For this, as methodological criteria, bibliographic review and secondary data collection are used. It is a theoretical-empirical research. The research is justified insofar as, with globalization, with the emergence of Information and Communication Technologies – ICTs and with the growing digitalization of the economy, information and data are produced all the time, which makes it necessary to be concerned with the way in which that personal data are processed, in particular sensitive personal data. Several cases of personal data leaks involving public and private organizations have recently been reported. As is known, personal data are inputs for many economic activities. Despite the advancement of ICT's presenting positive aspects, enabling remote meetings, the sharing of information in real time, the interconnection of States, among others, one can point out the presence of negative aspects, such as loss of privacy, increasing surveillance and the holding of sensitive personal information, which can compromise various fundamental rights of individuals. In this sense, this work seeks to present aspects about the Internet and the Protection of Personal Data in a global scope, the main areas and sectors affected, the Protection of Personal Data in Brazil, as well as the Protection of Data in the public sector and its challenges.

Keywords: Treatment of Personal Data; General Law on Protection of Personal Data; Public administration.

¹ Mestra em Direito e Inovação pela Universidade Federal de Juiz de Fora – MG. Especialista em Direito Público pela PUC-Minas. Graduada em Administração Pública pela Universidade Federal de Juiz de Fora – MG. Graduada em Direito pela Faculdade Metodista Granbery. Advogada. E-mail: thaisscnetto@hotmail.com

1. Aspectos introdutórios sobre a Internet e a Proteção de Dados Pessoais em âmbito global

Conforme indicado por Manuel Castells², a internet teve origem na Agência de Projetos de Pesquisa Avançada (ARPA) do Departamento de Defesa dos EUA. A primeira rede de computadores começou a funcionar em 01 de setembro de 1969. Na década de 1980, a rede das redes formada chamava-se ARPA-INTERNET, que posteriormente, passou a ser chamada de INTERNET.

No final da década de 1990, o poder de comunicação da Internet com os novos progressos em telecomunicações e comunicação provocaram uma mudança tecnológica, de microcomputadores e de mainframes descentralizados e autônomos à computação universal pela interconexão de dispositivos de processamento de dados³.

O paradigma de criação da internet era pautado na liberdade, com base tecnológica e institucional. Tecnicamente, em virtude da sua arquitetura de interconexão irrestrita de computadores. Institucionalmente, na medida em que foi projetada nos EUA, dessa forma, surgiu pautada na proteção constitucional da livre expressão determinada pelos tribunais americanos⁴.

A sociedade de rede oferece muitas oportunidades, mas também muitos desafios. Diversos estudiosos apontam que a internet é uma tecnologia que foi criada pautada na liberdade, entretanto, a referida tecnologia pode ser utilizada para oprimir indivíduos e gerar exclusões. Dessa forma, pautando-se na exposição de Castells⁵ podem ser indicadas diversas críticas em torno desse modelo de sociedade, tais como: a deterioração do ambiente natural, a insegurança no emprego, o crescimento da pobreza e das desigualdades, bem como, a aceleração da vida e a perda de controle.

Nesse sentido, para Rodotà, o uso de computadores tem possibilitado novas formas de coleta e de tratamento de informações, observa-se ainda, a crescente necessidade de dados pelas instituições públicas e privadas. O referido aumento de coleta de informações e de dados pretende alcançar dois objetivos: a aquisição de elementos necessários para preparar e gerir programas de intervenção social, por parte dos poderes públicos, e o desenvolvimento de estratégias empresariais privadas; assim como, “o controle da conformidade dos cidadãos à gestão política dominante ou aos comportamentos prevalecentes”⁶.

Segundo Kurbalija⁷, chefe da Plataforma de Internet de Genebra, com a expansão da internet e da sua utilização por usuários do mundo, torna-se fundamental a preocupação com a questão da segurança, que é uma das questões da governança

2 Cfr. CASTELLS, Manuel. A sociedade em rede. v. 1. 8 ed. Trad. Roneide Venancio Mayer. São Paulo. Editora Paz e Terra, 2005. p. 82-83.

3 Cfr. CASTELLS, Manuel (2005), p. 89.

4 Cfr. CASTELLS, Manuel. A galáxia da internet. Reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade. Tradução: Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2001. Cap. 6.

5 Cfr. CASTELLS, Manuel (2001).

6 Cfr. RODOTÀ, Stefano. A vida na sociedade de vigilância: a privacidade hoje. 1 ed. Tradutor: Danilo Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 24-28.

7 Cfr. KURBALIJA, Jovan. Uma introdução à governança da internet. Tradutora: Carolina de Carvalho. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2016.

da internet.

A governança da internet trata-se de um assunto complexo, que envolve diferentes questões, atores, mecanismos, procedimentos, entre outros. As questões se relacionam com a infraestrutura, a jurisdição, o comércio eletrônico, a inclusão digital, o controle de conteúdo e a diversidade cultural. Os atores se referem aos governos nacionais, as organizações internacionais, ao setor empresarial, a sociedade civil, bem como, a comunidade técnica.

A privacidade e a proteção de dados pessoais são questões importantes da governança da internet que estão interligadas. Os diversos casos de vazamentos de dados e de informações indicam a necessidade de adoção de mecanismos que garantam maior proteção de dados pessoais e a segurança da informação.

Segundo Stefano Rodotà⁸, a discussão sobre a privacidade na atualidade não reflete apenas a defesa contra as invasões externas, mas nos instiga a considerar problemas da privacidade na organização do poder, pois a estrutura da informação hoje representa um dos componentes fundamentais. Para o autor, a definição de privacidade como o “direito a ser deixado só” tem dado lugar a definições de que a privacidade se refere à possibilidade de cada um controlar o uso de suas informações.

Nesse contexto do indivíduo poder controlar suas informações, surgem diversas leis visando a proteção de dados pessoais no mundo⁹.

2. Proteção de Dados Pessoais no Brasil

Em 2014, no Brasil, foi sancionada a Lei nº 12.965 que estabelece os princípios, as garantias, os direitos e os deveres para o uso da Internet, o chamado Marco Civil da Internet. Para Patrícia Peck Pinheiro¹⁰, o Marco Civil da Internet introduz uma tendência mundial de atualizar as leis existentes a respeito das novas questões trazidas pelo avanços tecnológicos e os respectivos impactos nas relações humanas, além de criar um arcabouço legal com abrangência mais internacional, para que as regras sejam eficazes.

Pode-se dizer que o Marco Civil da Internet prevê regras que alcançam empresas de outros países. O Marco Civil da Internet pauta-se na neutralidade da rede, na privacidade dos usuários e na liberdade de expressão. Conforme indicado por Patrícia Peck Pinheiro, a Lei do Marco Civil da Internet acabou elevando como direito mais importante, a liberdade de expressão, sendo assim, “passou a proibir a remoção de conteúdo da Internet sem ordem judicial, trazendo com isso uma nova fórmula jurídica no tocante ao custo social e judicial a ser pago para gerenciar os excessos e abusos que são cometidos na web”¹¹.

Dessa forma, afastou o entendimento do risco próprio do negócio relacionado a essas empresas, que poderia recair a responsabilidade objetiva, ainda que sem culpa

8 Cfr. RODOTÁ, Stefano. A vida na sociedade da vigilância. 1 ed. Tradutor: Danilo Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 24.

9 Ver. Mapa da Proteção de Dados Pessoais no mundo. Serpro. Disponível em: <<https://www.serpro.gov.br/lcpd/menu/a-lcpd/mapa-da-protecao-de-dados-pessoais>>. Acesso em: 01 jan. 2020.

10 Cfr. PINHEIRO, Patrícia Peck. Direito Digital. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 43.

11 Cfr. PINHEIRO, Patrícia Peck. (2016), p. 515.

sobre os provedores, especialmente, os de aplicação. Antes da Lei, a própria vítima poderia notificar pelo provedor de aplicação, a ocorrência do incidente, solicitando a remoção do conteúdo. Com a nova Lei, a remoção somente irá ocorrer com a ordem judicial específica e fundamentada¹².

Embora o Marco Civil da Internet preveja a proteção da privacidade e a proteção de dados pessoais no artigo 3º, Inciso I e II, entre outros aspectos, como o consentimento, pode-se dizer que não assegura a proteção de dados de maneira completa.

Em 2016 foi publicado o Decreto nº 8.638, que dispunha sobre a Política de Governança Digital, no âmbito de órgãos e de entidades da administração pública direta, autárquica e fundacional. O referido Decreto foi revogado pelo Decreto nº 10.332 de 2020.

No ano de 2016, em que foi aprovado o Decreto sobre a Política de Governança Digital no Brasil, foi aprovado o Regulamento Geral de Proteção de Dados Europeu – General Data Protection Regulation – que revogou a Diretiva nº 95/64/CE do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia, que tratava da proteção de dados pessoais. O Brasil nessa época, ainda não possuía uma legislação que tratasse da Proteção de Dados Pessoais.

A legislação brasileira sobre a Proteção de Dados Pessoais, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGPD foi aprovada em 2018. No ano de 2018 também entrou em vigor o Regulamento Europeu sobre a Proteção de Dados.

A LGPD se aplica a qualquer operação de tratamento de dados pessoais efetuada por pessoa natural ou jurídica de direito público ou de direito privado, independente do meio, do país da sede ou do país em que estejam localizados os dados pessoais, contanto que a operação seja efetuada em território nacional, a atividade de tratamento objetive ofertar ou fornecer bens ou serviços ou tratar dados de indivíduos localizados no território nacional ou os dados pessoais objetos de tratamento tenham sido coletados no território nacional.

A LGPD entrou em vigor em 2020 e as sanções passam a valer a partir de agosto de 2021. Muitos dispositivos ainda carecem de regulamentação pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados. Em agosto de 2020 foi publicado um Decreto que aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções de Confiança da Autoridade Nacional de Proteção de Dados.

3. Principais áreas e setores econômicos afetados

A LGPD deve ser respeitada pelas organizações públicas e privadas, pelas pequenas empresas, pelas grandes empresas, entre outros. Destaca-se que a LGPD não se restringe às grandes empresas. Além disso, cabe informar que a LGPD afeta diferentes setores econômicos, como o de agropecuária, de indústria, de comércio, de serviços, de Cloud, de logística, entre outros. Tais setores coletam e armazenam dados de clientes, de colaboradores, de fornecedores, de contratados, de servidores,

¹² Cfr. PINHEIRO, Patrícia Peck (2016), p. 515.

tanto em arquivos físicos quanto em digitais. Salienta-se que o setor de seguros é um dos mais afetados, pois é um setor que utiliza os dados pessoais como insumo de sua atividade.

Os setores mais afetados pelas disposições da LGPD dentro da organização são: o departamento jurídico, o setor de recursos humanos / gestão de pessoas, o setor financeiro, o departamento de TI e o marketing. Tais setores necessitam de armazenar e de coletar dados para desenvolver suas atividades.

Dessa forma, é fundamental que os diversos setores das organizações realizem o tratamento de dados respeitando as disposições da LGPD. O tratamento de dados é um processo que envolve desde a coleta, a produção, a recepção, a classificação, a utilização, o acesso, a distribuição, o processamento, o arquivamento até a eliminação de dados, entre outros. Destaca-se que os dados pessoais sensíveis¹³ devem ser tratados com um pouco mais de atenção e cuidado.

Assim, é importante que seja mapeado o ciclo de vida do dado dentro da organização e sejam buscadas alternativas que garantam a segurança da informação e a proteção dos dados. Válido destacar, inclusive, a importância do consentimento do titular indicado na LGPD, para que ocorra o tratamento de dados, ressalvados os casos em que o consentimento é dispensado. Outrossim, pode-se dizer que o consentimento pode ser revogado a qualquer tempo.

A LGPD objetiva proteger os direitos fundamentais e o livre desenvolvimento da personalidade. Portanto, para alcançar esse objetivo, o cidadão deve ter o controle de seus dados pessoais¹⁴. Para Bioni, a respectiva estratégia “vai além do consentimento do titular dos dados, pelo qual ele autorizaria o seu uso”¹⁵. O autor indica ainda, que tão importante quanto o elemento da vontade, é garantir que o fluxo de informação atenda as legítimas expectativas e não seja corrosivo ao livre desenvolvimento da sua personalidade.

4. Os desafios da Administração Pública na Proteção de Dados Pessoais

Antes de adentrar na discussão referente à Proteção de Dados Pessoais no setor público, faz-se necessário recordar aspectos sobre a Administração Pública. A Administração Pública deve pautar sua atuação em diversas normas e princípios. Os princípios basilares, frequentemente citados e expressos no artigo 37, caput, da Constituição Federal de 1988 são: o princípio da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência, que devem ser respeitados pelos gestores públicos. A atuação administrativa deve visar o benefício da coletividade frente a interesses particulares.

A República Federativa do Brasil também detém alguns compromissos,

13 Ver. BRASIL. Lei nº 13.709 de 2018. “Artigo 5º, II – dado pessoal sensível: dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm>. Acesso em: 01 jan. 2021.

14

15 Cfr. BIONI, Bruno Ricardo. Proteção de Dados Pessoais: a função e os limites do consentimento. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 103.

constituídos como objetivos fundamentais, dispostos no artigo 3º, da Constituição Federal de 1988, quais sejam, de construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza, a marginalização, bem como, reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, de raça, de sexo, de cor, de idade e de quaisquer outras formas de discriminação.

A LGPD traz novas obrigações e novos conceitos para a Administração Pública, uma vez que fortalece os direitos dos titulares de dados pessoais. A Administração Pública é responsável por guardar os dados dos cidadãos, dessa forma, deve proteger os dados que estão sobre sua custódia ou tratamento, bem como, assegurar que os dados estejam armazenados de maneira segura.

Para tanto, é fundamental que os órgãos públicos se adequem à LGPD e implementem medidas de segurança, para garantir o nível de proteção adequado aos dados que estão sendo tratados, no âmbito de suas competências e das políticas públicas implementadas pela Administração Pública.

Com a crescente digitalização da economia, com o avanço da tecnologia, o surgimento e expansão das chamadas cidades inteligentes – Smart Cities¹⁶ - e de situações cada vez mais adversas torna-se uma tarefa difícil conciliar tais princípios com a proteção de dados pessoais e com a construção de uma sociedade livre, justa, solidária e que busque a redução das desigualdades sociais e regionais.

Os dados na atualidade são o ponto central da maior parte das relações. Algumas corporações que possuem sede nos EUA possuem a capacidade para agregar, minerar e analisar grandes quantidades de dados e para dar início e continuidade a projetos de máquinas de aprendizado e a modelos voltados à exploração das tecnologias de inteligência artificial direcionados à personificação e à agregação de valor a serviços – capitalismo de vigilância¹⁷.

Ainda de acordo com Morozov e Bria¹⁸, pode-se dizer que “o desafio é passar do capitalismo de vigilância para um sistema capaz de compartilhar dados e de experimentar novas formas de cooperação e de inovação social voltadas a repensar modelos economicamente sustentáveis e de bem-estar futuro”.

Com a pandemia do COVID-19 foram pensadas alternativas de compartilhamento de dados com o intuito de auxiliar no enfrentamento da doença e conter a disseminação do COVID-19. No Brasil, em fevereiro de 2020 foi aprovada a Lei nº 13.979 para enfrentamento do novo coronavírus, que indicou medidas de compartilhamento de

16 Ver “A smart city vem se tornando onipresente nas reflexões sobre planejamento urbano e tem angariado tantos defensores, como opositores. Os primeiros enxergam nas TICs elemento fundamental para ajudar na maior racionalidade da gestão das cidades, enquanto os que a contestam veem na transformação urbana proposta um viés neoliberal, traduzido pela atuação das empresas que enxergam as cidades como planos de negócio”. MENDES, Teresa Cristina M. Smart Cities: solução para as desigualdades ou aprofundamento das desigualdades sociais?. Rio de Janeiro: Observatório das Metrópoles, 2020. Disponível em: <https://www.observatoriodasmetrolopes.net.br/wp-content/uploads/2020/01/TD-011-2020_Teresa-Mendes_Final.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2020.

17 Cfr. MOROZOV, Evgeny.; BRIA, Francesca. A cidade inteligente: tecnologias urbanas e democracia. Tradutor: Humberto Amaral. São Paulo: Editora Ubu, 2019. p. 179.

18 Cfr. MOROZOV, Evgeny; BRIA, Francesca. (2019). p. 181.

dados¹⁹.

Diversos pesquisadores se posicionaram a respeito da medida indicada e da urgência da entrada em vigor da LGPD, no sentido de que os dados pessoais poderiam ser utilizados para atender interesses não relacionados ao combate da doença.

Em abril de 2020 foi publicada a Medida Provisória nº 954 de 2020²⁰ que dispunha sobre o compartilhamento de dados por empresas de telecomunicações com o IBGE, com o objetivo de suporte à produção estatística oficial durante a pandemia. Várias ADI's foram ajuizadas para questionar a constitucionalidade da norma.

Em maio de 2020 o STF²¹ suspendeu a referida Medida Provisória – MP, que previa o compartilhamento de dados pessoais de empresas por telefonia com o IBGE, uma vez que a MP não previa a finalidade da coleta de dados, assim como, não previa mecanismos para prevenir o vazamento de dados ou uso indevido. Percebe-se que a decisão indicada pautou-se no direito à privacidade e na segurança dos dados pessoais.

Considerações finais

Com a crescente digitalização da economia e o acelerado desenvolvimento das tecnologias da informação e comunicação aumentam-se os desafios para os gestores públicos.

Muitos debates envolvem a LGPD e o setor público. Há aqueles referentes a figura dos controladores e dos operadores no setor público. Este artigo não se pautou nessa questão específica, mas possibilitou iniciar uma discussão envolvendo a temática da LGPD e a Administração Pública, elencando aspectos também considerados cruciais.

Conforme sinalizado acima, muitos dispositivos carecem de regulamentação pela ANPD e certamente existirão muitos desafios pela frente. Como é sabido, a Administração Pública deve seguir uma série de princípios e normas constitucionais, bem como, tem como um dos objetivos fundamentais reduzir a desigualdade social e regional, além de ter o dever de garantir o desenvolvimento sustentável, entre outros.

Como se pode perceber os desafios para a Administração Pública ultrapassam a Proteção de Dados Pessoais e perpassam a relação entre as pessoas, a sociedade, o meio ambiente e a preocupação com as gerações futuras.

Assim, é fundamental que seja dada atenção necessária a essa temática e que

19 BRASIL. Lei nº 13.979 de 2020. Art. 6º É obrigatório o compartilhamento entre órgãos e entidades da administração pública federal, estadual, distrital e municipal de dados essenciais à identificação de pessoas infectadas ou com suspeita de infecção pelo coronavírus, com a finalidade exclusiva de evitar a sua propagação. § 1º A obrigação a que se refere o caput deste artigo estende-se às pessoas jurídicas de direito privado quando os dados forem solicitados por autoridade sanitária. § 2º O Ministério da Saúde manterá dados públicos e atualizados sobre os casos confirmados, suspeitos e em investigação, relativos à situação de emergência pública sanitária, resguardando o direito ao sigilo das informações pessoais.

20 Ver. BRASIL. Medida Provisória nº 954, de 17 de abril de 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv954.htm>. Acesso em: 01 jan. 2021.

21 Ver. SENADO. STF suspende Medida Provisória sobre o compartilhamento de dados com o IBGE. 12 maio 2020. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/radio/1/noticia/stf-suspende-eficacia-de-mp-que-permite-compartilhamento-de-cadastros-telefonicos-com-o-ibge>>. Acesso em: 01 jan. 2021.

existam debates e discussões envolvendo a Administração Pública, as Universidades, os cidadãos e as organizações. Salienta-se que a tecnologia deve ser utilizada para melhorar a vida em sociedade, para possibilitar a integração entre os indivíduos e não pode ser utilizada como forma de opressão, de exploração, de discriminação e de acentuação das desigualdades.

Referências

BIONI, Bruno Ricardo. Proteção de Dados Pessoais: a função e os limites do consentimento. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 103.

CASTELLS, Manuel. A sociedade em rede. v. 1. 8 ed. Trad. Roneide Venancio Mayer. São Paulo. Editora Paz e Terra, 2005. p. 82-90.

CASTELLS, Manuel. A galáxia da internet. Reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade. Tradução: Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2001. Capítulo 6.

KURBALJIA, Jovan. Uma introdução à governança da internet. Tradutora: Carolina de Carvalho. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2016.

MAPA da Proteção de Dados Pessoais no mundo. Serpro. Disponível em: <<https://www.serpro.gov.br/lgpd/menu/a-lgpd/mapa-da-protecao-de-dados-pessoais>>. Acesso em: 01 jan. 2020.

MENDES, Teresa Cristina M. Smart Cities: solução para as desigualdades ou aprofundamento das desigualdades sociais?. Rio de Janeiro: Observatório das Metrópoles, 2020. Disponível em: <https://www.observatoriodasmetropoles.net.br/wp-content/uploads/2020/01/TD-011-2020_Teresa-Mendes_Final.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2020.

MOROZOV, Evgeny. BRIA, Francesca. A cidades inteligente – Tecnologias urbanas e democracia. Tradutor: Humberto do Amaral. São Paulo: Ubu Editora. 2019.

PINHEIRO, Patrícia Peck. Direito Digital. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

RODOTÁ, Stefano. A vida na sociedade de vigilância: a privacidade hoje. 1 ed. Tradutor: Danilo Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

A discriminação algorítmica na inteligência artificial

Algorithmic discrimination in artificial intelligence

Cláudio Teixeira Damilano¹

Sumário: Introdução; 1. Considerações iniciais sobre a decisão algorítmica; 2. Ética e inteligência artificial; 3. Regulação da inteligência artificial no âmbito internacional e no Brasil; Conclusão; Referências Bibliográficas.

Resumo: O estudo busca de uma forma geral analisar a decisão adotada pelo algoritmo no sistema de inteligência artificial (IA). No que diz respeito ao estudo específico, pretende-se verificar se o algoritmo é livre de discriminação ao fazer suas escolhas ou tomar decisões. Diante disto, a pesquisa adota o método de abordagem hipotético-dedutivo, formulando hipóteses que serão acolhidas ou rejeitadas. O método de procedimento será o comparativo e o método de interpretação será o sociológico. A pesquisa utilizará como base fontes bibliográficas e documentais. Deste modo, em um primeiro momento será tratado sobre a criação do algoritmo e a tomada de decisão. Em um segundo momento, se discutirá as questões éticas e a regulação da inteligência artificial no âmbito internacional e no Brasil. A conclusão obtida na pesquisa é de que a discriminação algorítmica pode surgir em três momentos: (i) na delimitação do tema – o que o modelo de aprendizado profundo irá atingir; (ii) na busca de dados – os dados não correspondem a realidade ou refletem os preconceitos existentes e (iii) na organização/preparação dos dados – cinge a escolha de quais características você deseja que o algoritmo efetue. A exclusão do viés algorítmico é algo improvável de acontecer, bem como é improvável de terminar com a discriminação que existe na sociedade. De qualquer forma, existe uma grande preocupação internacional em regular a inteligência artificial para que o uso de suas decisões sejam livres de quaisquer desvios lógicos e irracionais. A regulação deverá ser feita de forma adequada e ponderada para que os princípios éticos e os direitos relacionados à propriedade intelectual sejam observados, mas também para que a inovação não seja reprimida.

Palavras-chave: inteligência artificial, algoritmo, discriminação e regulação.

Abstract: The study seeks in general to analyze the decision adopted by the algorithm in the artificial intelligence (AI) system. With regard to the specific study, it is intended to verify whether the algorithm is free from discrimination when making its choices or making decisions. In view of this, the research adopts the hypothetical-deductive approach method, formulating hypotheses that will be accepted or rejected. The method of procedure will be comparative and the method of interpretation will be sociological. The research will use bibliographic and documentary sources as a base. In this way, in a first moment it will be treated about the creation of the algorithm and the decision making. In a second step, ethical issues and the regulation of artificial intelligence will be discussed at the international level and in Brazil. The conclusion obtained in the research is that the algorithmic discrimination can appear in three moments: (i) in the delimitation of the theme - what the deep learning model will achieve; (ii) in the search for data - the data do not correspond to reality or reflect the existing prejudices and (iii) in the organization / preparation of the data - it gathers the choice of which characteristics you want the algorithm to carry out. The exclusion of algorithmic bias is unlikely to happen, as well as unlikely to end the discrimination that exists in society. In any case, there is a great international concern in regulating artificial intelligence so that the use of its decisions is free from any logical and irrational deviations. Regulation should be done in an appropriate and thoughtful way so that ethical principles and rights related to intellectual property are observed, but also so that innovation is not repressed.

Keywords: artificial intelligence, algorithm, discrimination and regulation.

¹ Mestrando em Direito pela PUCRS na área de concentração Fundamentos Constitucionais do Direito Público e do Direito Privado. Bolsista CAPES. Pós-Graduado em Direito e Economia pela UFRGS e Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pelo CETRA-CESUSC. É Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela UNISINOS. Advogado e Pesquisador do Núcleo de Pesquisas CNPQ/PUCRS “Relações de Trabalho e Sindicalismo”, coordenado pelo Prof. Gilberto Stürmer e “Novas Tecnologias, Processo, e Relações de Trabalho”, coordenado pela Prof.^a Denise Fincato. E-mail: claudiotdamilano@gmail.com; CV: <http://lattes.cnpq.br/1215685488127905>.

Introdução

A utilização da inteligência artificial na tomada de decisões tem causado diversas discussões. No presente estudo, de uma forma geral, será analisado a decisão adotada pelo algoritmo no sistema de inteligência artificial. Pretende-se, de forma mais específica, verificar se o algoritmo é livre de discriminação ao fazer suas escolhas ou tomar decisões.

Diante disto, a pesquisa adota o método de abordagem hipotético-dedutivo, formulando hipóteses que serão acolhidas ou rejeitadas. O método de procedimento será o comparativo e o método de interpretação será o sociológico. A pesquisa utilizará como base fontes bibliográficas e documentais.

Assim, em um primeiro momento será tratado sobre a criação do algoritmo e a tomada de decisão. Após, se discutirá as questões éticas e a regulação da inteligência artificial no âmbito internacional e no Brasil.

1. Considerações iniciais sobre a decisão algorítmica

Klaus Schwab² afirma que dentre os diversos impactos positivos³ trazidos pela inteligência artificial estão as “decisões racionais, orientada por dados” e a eliminação da “exuberância irracional”. De acordo com Fabiano Hartmann Peixoto e Roberta Zumblick Martins da Silva “há quem espere que a automatização de decisões por computadores represente a superação de questões subjetivas: que uma inteligência por ser artificial seja também imparcial”⁴.

Deste modo, o uso da inteligência artificial pode induzir aos menos avisados de que a tomada de decisão feita por um sistema de computador não possui viés cognitivo⁵. Isto porque, é inegável que o programador utiliza-se de matemática e cálculos probabilísticos (ciências exatas) para alimentar o sistema de inteligência artificial. No entanto, as soluções previstas e programadas nos sistemas de inteligência artificial são elaboradas por seres humanos - ainda que se fale em aprendizado de

2 SCHWAB, Klaus. A quarta revolução industrial. São Paulo: Edipro, 2016. Tradução Daniel Moreira Miranda. Pág. 140.

3 Os outros impactos positivos trazidos por Klaus Schwab são a reorganização das burocracias ultrapassadas; ganhos no trabalho e na inovação; independência energética e avanços na ciência médica, a erradicação de doenças. Por sua vez, a inteligência artificial também traz impactos negativos destacando-se a prestação de contas; perda de trabalho; Hacking/ cibercrime; responsabilidade e responsabilização, governança; tornar-se incompreensível; aumento da desigualdade; infringir o algoritmo e ameaças existenciais para a humanidade.

4 PEIXOTO, Fabiano Hartmann; SILVA, Roberta Zumblick Martins da. Inteligência Artificial e Direito. Curitiba: Alteridade, 2019. pag. 51.

5 Cf. <https://www.technologyreview.com/2019/01/29/137676/making-face-recognition-less-biased-doesnt-make-it-less-scary/> Muitas pessoas acreditam que esses sistemas são altamente precisos e imparciais. A lógica é que a equipe de segurança do aeroporto pode se cansar e a polícia pode julgar os suspeitos, mas um sistema de inteligência artificial bem treinado deve ser capaz de identificar ou categorizar consistentemente qualquer imagem de um rosto.

Mas, na prática, a pesquisa mostrou repetidamente que esses sistemas lidam com alguns grupos demográficos com muito mais precisão do que outros. No ano passado, Gender Shades , um estudo seminal liderado pela pesquisadora do MIT Media Lab, Joy Buolamwini, descobriu que os sistemas de classificação de gênero vendidos pela IBM, Microsoft e Face ++ tinham uma taxa de erro 34,4 pontos percentuais mais alta para mulheres de pele mais escura do que para mulheres mais claras. machos esfolados. Da mesma forma, a ACLU do norte da Califórnia descobriu que a plataforma da Amazon tinha maior probabilidade de identificar erroneamente membros não-brancos do que brancos do Congresso.

máquina. Ou seja, o aprendizado realiza-se com base na experiência dos algoritmos em um dataset que é produto de uma pessoa.

Wolfgang Hoffmann-Riem ao tratar sobre os algoritmos como construções sociais e técnicas afirma que:

“O desenvolvimento de algoritmos muitas vezes, embora nem sempre – por exemplo, em empresas comerciais –, é integrado a processos complexos de desenvolvimento de software. Estes visam a realização de problemas concretos, a elaboração de requisitos para a solução do problema, a concepção da arquitetura do software, a realização técnica de TI por codificação, o uso prático do software e, se necessário, a sua revisão após experiências em testes ou operação real. Diferentes jogadores ou equipes maiores são regularmente envolvidos neste processo, mesmo que a implementação técnica seja, em última instância, realizada por desenvolvedores de software ou programadores. Tal desenvolvimento de software não é um ato puramente técnico – ou mesmo neutro –, mas um ato de organização social no qual objetivos e avaliações são processados; ele pode ser orientado para experiências anteriores e possíveis consequências e pode exigir seleções.”⁶

Juarez Freitas ao analisar a decisão proferida pelo sistema de inteligência artificial esclarece que:

“Induvidosamente, a IA encontra-se condicionada à programação tecida pela inteligência/vontade humana, por mais que se postule a intencionalidade ou que se tema a desobediência da máquina. Mercê dessa origem, tem-se a vantagem de reputar humanamente controláveis as distopias e os vieses, no nascedouro. Paradoxalmente, contudo, aí reside o desconforto de perceber que a IA tende a refletir, salvo regulação prudencial em contrário, os estereótipos, os desvios cognitivos e os preconceitos de projetistas e controladores”⁷.

Diante disto, percebe-se que o algoritmo representará as coisas boas e ruins no contexto em que o programador vive, exceto se ele for projetado de maneira diferente. Assim, o sistema ao ser criado, desenvolvido e supervisionado deverá observar a diversidade existente⁸. Por exemplo, um sistema desenvolvido só por

6 HOFFNANN-RIEM, Wolfgang. Teoria Geral do Direito Digital: transformação digital desafios para o direito. Rio de Janeiro: Forense, 2021. Tradução: Italo Fuhrmann. pág. 33.

7 FREITAS, Juarez. Direito Administrativo e inteligência artificial. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 21, n. 114, mar./abr. 2019. pág. 17.

8 Cf. <https://www.technologyreview.com/2018/12/02/138843/ai-has-a-culturally-biased-worldview-that-google-has-a-plan-to-change/> O Google lançou um concurso de imagens inclusivas, um esforço para expandir a fluência cultural do software de reconhecimento de imagens. A tarefa dos participantes: reduzir o viés em um sistema de visão computacional treinado em um conjunto de dados de imagem com tendência cultural.

O contexto: as máquinas precisam ser treinadas em grandes quantidades de dados de imagem para reconhecer objetos. Os recentes saltos no reconhecimento de imagens coincidiram com o lançamento de grandes conjuntos de dados publicamente disponíveis, incluindo ImageNet e Open Images.

O problema: os conjuntos de dados mais populares, no entanto, são centrados nos EUA e no Ocidente – simplesmente porque essas imagens ocidentais dominavam a Internet quando os conjuntos de dados foram compilados. Como consequência, os sistemas treinados neles frequentemente falham em descrever com precisão cenas de outras culturas e localidades. Tire fotos de casamento como um exemplo. Um sistema padrão de reconhecimento de imagem, treinado em conjuntos de dados de código aberto, pode reconhecer uma noiva em um vestido branco, refletindo a tradição ocidental clássica. Mas não reconhecerá uma noiva em um sari de uma cerimônia indiana.

O desafio: Uma maneira de mitigar esse problema é criar conjuntos de dados de imagem mais diversos e representativos. Enquanto o Google segue essa abordagem, a empresa também acredita em avançar de outra maneira: aprimorando os algoritmos de aprendizado de máquina para serem mais inclusivos ao aprender com dados imperfeitos.

Os resultados: Hospedado em parceria com a conferência Neural Information Processing Systems (NeurIPS), um dos maiores encontros anuais para pesquisa em IA, o concurso recebeu inscrições de mais de 100 participantes. O pesquisador do Google Brain Pallavi Baljekar observou em uma conferência no domingo, 2 de dezembro, que os vencedores do primeiro ano da competição foram capazes de dar pequenos passos em direção a sistemas mais inclusivos. Mas apenas uma das cinco principais abordagens reconheceu com sucesso uma noiva indiana. É claro que mais trabalho precisa ser feito.

homens provavelmente irá possuir um viés diferente caso também haja mulheres e LGBT. A mesma lógica deve ser aplicada para questões envolvendo raça, etnia, situação econômica e tantos outros fatores que influenciam para o surgimento do viés na tomada de decisões.

2. Ética e inteligência artificial

O algoritmo para desempenhar de forma ética a sua decisão precisa ser testado em diversas situações e treinamentos. Fabiano Hartmann Peixoto e Roberta Zumblick Martins da Silva relatam que “um algoritmo treinado em um dataset majoritariamente caucasiano não vai desempenhar bem com pessoas com traços de outras etnias”. Por isso é de fundamental importância que sejam criados “certificados étnicos para a realização e manutenção de projetos de IA.”⁹

Alguns países da União Europeia preocupados em garantir uma padronização já lançaram algumas certificações. A Dinamarca lançou um protótipo de um selo de ética em dados e Malta introduziu um sistema de certificação para IA¹⁰. Contudo, a ideia da União Europeia é unificar os procedimentos para padronizar e compartilhar as experiências fazendo com que o bloco se fortaleça.

O uso da inteligência artificial sem a devida regulação ética é vista como um grande perigo aos valores em que a União Europeia está embasa podendo ocasionar graves violações aos direitos fundamentais, tais como a liberdade de expressão, a liberdade de montagem, a dignidade humana, não-discriminação baseada em sexo, origem racial ou étnica, religião ou crença, deficiência, idade ou orientação sexual, proteção de dados pessoais e vida privada e a proteção ao consumidor¹¹.

Um dos casos mais famosos contendo viés em sistema de inteligência artificial ocorreu nos Estados Unidos. Alguns estados federais, utilizam o sistema COMPAS (Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions¹²) que possui como função analisar o risco de reincidência do sujeito que cometeu um delito. Trata-se de um software criado por uma empresa privada que contém uma série de perguntas variadas que classificam o risco de reincidência de 1 a 10. Ocorre que a ONG ProPublica constatou que populações afro-americanas foram classificadas com alto risco de reincidência, representando o dobro em comparação com as demais etnias, trazendo grandes discussões sobre ética dos algoritmos¹³.

É preciso ressaltar que as decisões e escolhas feitas pelos seres humanos, sem o uso de sistemas de inteligência artificial, também possuem viés e discriminações. A

9 PEIXOTO, Fabiano Hartmann; SILVA, Roberta Zumblick Martins da. *Inteligência Artificial e Direito*. Curitiba: Alteridade, 2019. pág. 103.

10 EUROPEAN COMMISSION (Brussels). White Paper on Artificial Intelligence: A European approach to excellence and trust. 2020. Disponível em: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/commission-white-paper-artificial-intelligence-feb2020_en.pdf. Acesso em: 20 fev. 2020. pág. 11.

11 EUROPEAN COMMISSION (Brussels). White Paper on Artificial Intelligence: A European approach to excellence and trust. 2020. Disponível em: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/commission-white-paper-artificial-intelligence-feb2020_en.pdf. Acesso em: 20 fev. 2020. pág. 12.

12 Tradução livre: Perfil corretivo do gerenciamento de infratores para sanções alternativas.

13 CEPEJ, European Commission For The Efficiency Of Justice. *European Ethical Charter On The Use Of Artificial Intelligence in Judicial Systems and Their Environment*. (strasbourg, 2018. 79 p. Disponível em: <<https://rm.coe.int/ethical-charter-en-for-publication-4-december-2018/16808f699c>>. Acesso em: 27 jun. 2020. pág. 52.

diferença, contudo, é que o “viés quando presente na IA poderia ter um efeito muito maior, afetando e discriminando muitas pessoas sem os mecanismos de controle social que governam o comportamento humano” ¹⁴.

Em artigo publicado na MIT Technology Review o viés nos sistemas de inteligência artificial pode acontecer em três fases: (i) na delimitação do tema – o que o modelo de aprendizado profundo irá atingir; (ii) na busca de dados – os dados não correspondem a realidade ou refletem os preconceitos existentes e (iii) na organização/preparação dos dados – cinge a escolha de quais características você deseja que o algoritmo efetue¹⁵.

A exclusão do viés algorítmico é algo improvável de acontecer, bem como é improvável de terminar com a discriminação que existe na sociedade. Nos sistemas de inteligência artificial já existem diversos trabalhos sendo desenvolvidos para detectar e atenuar¹⁶ os vieses¹⁷. É a máquina fiscalizando a máquina.

Para Juarez Freitas “a IA tem que passar, sim, pelo crivo de regulação desviesante e enriquecida pela análise estratégica, em lugar do impulsivismo célere demais, que se compraz na inovação pela inovação” ¹⁸. Segundo o referido doutrinador “a IA pode-deve ser coadjuvante de infungíveis habilidades e virtudes humanas” ¹⁹.

O maior desafio em neutralizar o viés discriminatório está na inteligência artificial forte – aprendizado de máquina profundo - que é composta de várias camadas. Nesta hipótese, existem os chamados black box, em que não se sabe o percurso lógico-argumentativo para se chegar ao resultado final²⁰. Diferentemente ocorre na chamada inteligência artificial fraca em que se utiliza do procedimento de árvore de decisão (decision tree). Isto é, o caminho percorrido pela máquina é predefinido pelo criador e/ou programador do sistema²¹.

14 EUROPEAN COMMISSION (Brussels). White Paper on Artificial Intelligence: A European approach to excellence and trust. 2020. Disponível em: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/commission-white-paper-artificial-intelligence-feb2020_en.pdf. Acesso em: 20 fev. 2020. pág. 12

15 HAO, Karen. This is how AI bias really happens—and why it’s so hard to fix. 2019. Disponível em: <https://www.technologyreview.com/2019/02/04/137602/this-is-how-ai-bias-really-happensand-why-its-so-hard-to-fix/>. Acesso em: 27 jun. 2020.

16 No link <http://aif360.mybluemix.net/> é possível obter um kit de ferramentas de código aberto extensível para ajudá-lo a examinar, relatar e mitigar a discriminação e o viés nos modelos de aprendizado de máquina ao longo do ciclo de vida do aplicativo de IA. Contendo mais de 70 métricas de equidade e 10 algoritmos avançados de mitigação de vieses desenvolvidos pela comunidade de pesquisadores, ele foi projetado para traduzir a pesquisa algorítmica do laboratório na prática real de domínios tão abrangentes quanto finanças, gerenciamento de capital humano, saúde e educação.

17 HAO, Karen. This is how AI bias really happens—and why it’s so hard to fix. 2019. Disponível em: <https://www.technologyreview.com/2019/02/04/137602/this-is-how-ai-bias-really-happensand-why-its-so-hard-to-fix/>. Acesso em: 27 jun. 2020.

18 FREITAS, Juarez. Direito Administrativo e inteligência artificial. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 21, n. 114, mar./abr. 2019. pág. 26.

19 FREITAS, Juarez. Direito Administrativo e inteligência artificial. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 21, n. 114, mar./abr. 2019. pág. 26.

20 Cf. HOFFNANN-RIEM, Wolfgang. Teoria Geral do Direito Digital: transformação digital desafios para o direito. Rio de Janeiro: Forense, 2021. Tradução: Italo Fuhrmann. pág. 34. “Deve-se notar novamente que alguns algoritmos são tão complexos que dificilmente podem ser “compreendidos pelos humanos” como um todo e, portanto, seu modo de operação só pode ser entendido de forma limitada. Eles então agem como uma caixa preta. Nos países de língua anglo-saxônica, por exemplo, eles são chamados de opaque, inscrutable artefacts”.

21 CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende. Processo em Rede Orientado a dados. In Inteligência Artificial e Direito Processual: Os impactos da Virada Tecnológica no Direito Processual, Coordenadores Dierle Nunes, Paulo Henrique dos Santos Lucon, Erik Navarro Wolkart. Salvador: JusPodivm, 2020. 507-532.

3. Regulação da inteligência artificial no âmbito internacional e no Brasil

É importante ressaltar que existe um movimento internacional para tentar regulamentar o uso da inteligência artificial. No âmbito da Comissão Europeia para Eficiência da Justiça (CEPEJ), adotou-se uma Carta Ética - primeiro instrumento europeu - para o uso da inteligência artificial em sistemas judiciais, contendo os seguintes princípios: (i) Princípio do respeito pelos direitos fundamentais, (ii) Princípio da não discriminação, (iii) Princípio da qualidade e segurança, (iv) Princípio da transparência, imparcialidade e justiça e (v) Princípio “sob controle do usuário”.

A Comissão Europeia²² formada por especialistas em IA também divulgou suas diretrizes para o desenvolvimento e a implementação de padrões éticos²³. Para atingir os padrões éticos e de confiança, o sistema de IA deverá cumprir os seguintes requisitos: (i) possibilitar a intervenção e supervisão humana, (ii) ser robusto e seguro, (iii) respeitar a privacidade e governança de dados, (iv) ter transparência, (v) zelar pela diversidade, não discriminação e equidade, (vi) bem-estar social e ambiental e (vii) prestação de contas.

A OCDE - Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico juntamente com Argentina, Brasil, Colômbia, Costa Rica, Peru e Romênia também adotaram o primeiro conjunto de princípios intergovernamentais sobre IA²⁴. Dessarte, para o uso confiável, seguro e responsável da inteligência artificial o sistema deverá: (i) beneficiar as pessoas e o planeta, para um desenvolvimento sustentável, (ii) respeitar o estado de direito, os direitos humanos, os valores democráticos e a diversidade (iii) ter transparência, (iv) fazer com que riscos em potencial sejam continuamente avaliados e gerenciados e (v) fazer com que as organizações e indivíduos que desenvolvem, implantam ou operam os sistemas devam ser responsabilizados por seu funcionamento adequado, de acordo com os princípios anteriores.

O Brasil possui 03 (três) Projetos de Lei tramitando no Congresso Nacional sobre a regulação da inteligência artificial: PL nº 5.051/2019²⁵, PL nº 1.091/2019²⁶ e PL nº 21/2020²⁷. O Projeto de Lei 1.091/2019 trata mais especificamente sobre a regulamentação do inciso XXVII do artigo 7º da CF/88.

Já o Projeto de Lei 5.051/2019 e Projeto de Lei 21/2020 vão ao encontro dos

22 High-Level Expert Group on Artificial Intelligence (Grupo de Especialistas de Alto Nível em Inteligência Artificial) é formado por 52 integrantes, tendo como presidente Pekka Ala-Pietilä, empreendedor de tecnologia e ex-presidente da Nokia. Há integrantes da academia, do mundo corporativo (Airbus, Bosch, Google, IBM, Telenor, SAP, Santander, Bayer, etc), representantes da sociedade civil, e de alguns outros segmentos.

23 LUCA, Cristina de. Comissão Europeia lança diretrizes éticas para a Inteligência Artificial. 2019. Disponível em: <<https://porta23.blogosfera.uol.com.br/2019/04/08/comissao-europeia-lanca-diretrizes-eticas-para-a-inteligencia-artificial/>>. Acesso em: 09 abr. 2019.

24 OECD, Organização Para Cooperação e Desenvolvimento Econômico. OECD Principles on AI. 2019. Disponível em: <<https://www.oecd.org/going-digital/ai/principles/>>. Acesso em: 27 maio 2019.

25 BRASIL, Projeto de Lei nº 5051, de 2019. Brasília, Senado Federal, 2019. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/138790> (19.11.2019).

26 BRASIL, Projeto de Lei nº 1.091, de 2019. Brasília, Câmara dos Deputados, 2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2192959> (19.11.2019).

27 BRASIL, Projeto de Lei nº 21, de 2020. Brasília, Câmara dos Deputados, 2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2236340> (05.04.2020).

princípios já fixados pela Comissão Europeia e pela OCDE. Veja-se que o Projeto de Lei 5.051/2019 traz no artigo 2º que o uso da inteligência artificial deverá (i) respeitar à dignidade humana, à liberdade, à democracia e à igualdade; (ii) respeitar aos direitos humanos, à pluralidade e à diversidade; (iii) garantir a proteção da privacidade e dos dados pessoais; (iv) respeitar a transparência, a confiabilidade e a possibilidade de auditoria dos sistemas; e (v) possibilitar a supervisão humana.

No que concerne o Projeto de Lei nº 21/2020 o uso de inteligência artificial deverá observar (artigo 4º) os seguintes fundamentos: (i) o desenvolvimento tecnológico e a inovação, (ii) a livre iniciativa e a livre concorrência, (iii) o respeito aos direitos humanos e aos valores democráticos, (iv) a igualdade, a não discriminação, a pluralidade e o respeito aos direitos trabalhistas, e (v) a privacidade e a proteção de dados.

Conclusão

O resultado final alcançado é de que o viés nos sistemas de inteligência artificial pode acontecer em três fases: (i) na delimitação do tema – o que o modelo de aprendizado profundo irá atingir; (ii) na busca de dados – os dados não correspondem a realidade ou refletem os preconceitos existentes e (iii) na organização/preparação dos dados – cinge a escolha de quais características você deseja que o algoritmo efetue. A exclusão do viés algorítmico é algo improvável de acontecer, bem como é improvável de terminar com a discriminação que existe na sociedade.

Como se vê, o viés cognitivo existe nos sistemas de inteligência artificial e são de difícil constatação, podendo surgir em diversas etapas. De qualquer forma, existe uma grande preocupação internacional em regular a inteligência artificial para que o uso de suas decisões sejam livres de quaisquer desvios lógicos e irracionais. A regulação deverá ser feita de forma adequada e ponderada para que os princípios éticos e os direitos relacionados à propriedade intelectual sejam observados, mas também para que a inovação não seja reprimida.

Referências Bibliográficas

BRASIL, Projeto de Lei nº 5051, de 2019. Brasília, Senado Federal, 2019. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/138790> Acesso em: 19 nov 2019.

BRASIL, Projeto de Lei nº 1.091, de 2019. Brasília, Câmara dos Deputados, 2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2192959> Acesso em: 19 nov 2019.

BRASIL, Projeto de Lei nº 21, de 2020. Brasília, Câmara dos Deputados, 2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2236340> Acesso em: 19 nov 2019.

CEPEJ, European Commission For The Efficiency Of Justice. European Ethical Charter

On The Use Of Artificial Intelligence in Judicial Systems and Their Environment. (strasbourg, 2018. 79 p. Disponível em: <<https://rm.coe.int/ethical-charter-en-for-publication-4-december-2018/16808f699c>>. Acesso em: 27 jun. 2020.

CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende. Processo em Rede Orientado a dados. In Inteligência Artificial e Direito Processual: Os impactos da Virada Tecnológica no Direito Processual, Coordenadores Dierle Nunes, Paulo Henrique dos Santos Lucon, Erik Navarro Wolkart. Salvador: JusPodivm, 2020. 507-532.

EUROPEAN COMMISSION (Brussels). White Paper on Artificial Intelligence: A European approach to excellence and trust. 2020. Disponível em: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/commission-white-paper-artificial-intelligence-feb2020_en.pdf. Acesso em: 20 fev. 2020.

FREITAS, Juarez. Direito Administrativo e inteligência artificial. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 21, n. 114, p. 15-29, mar./abr. 2019.

HAO, Karen. AI has a culturally biased world view that Google has a plan to change. 2002. Disponível em: <https://www.technologyreview.com/2018/12/02/138843/ai-has-a-culturally-biased-worldview-that-google-has-a-plan-to-change/>. Acesso em: 27 jun. 2020.

HAO, Karen. This is how AI bias really happens—and why it’s so hard to fix. 2019. Disponível em: <https://www.technologyreview.com/2019/02/04/137602/this-is-how-ai-bias-really-happensand-why-its-so-hard-to-fix/>. Acesso em: 27 jun. 2020.

HAO, Karen. Making face recognition less biased doesn’t make it less scary. Disponível em: <https://www.technologyreview.com/2019/01/29/137676/making-face-recognition-less-biased-doesnt-make-it-less-scary/>. Acesso em: 27 jun. 2020.

HOFFNANN-RIEM, Wolfgang. Teoria Geral do Direito Digital: transformação digital desafios para o direito. Rio de Janeiro: Forense, 2021. 214 p. Tradução: Italo Fuhrmann.

LUCA, Cristina de. Comissão Europeia lança diretrizes éticas para a Inteligência Artificial. 2019. Disponível em: <<https://porta23.blogosfera.uol.com.br/2019/04/08/comissao-europeia-lanca-diretrizes-eticas-para-a-inteligencia-artificial/>>. Acesso em: 09 abr. 2019.

OECD, Organização Para Cooperação e Desenvolvimento Econômico. OECD Principles on AI. 2019. Disponível em: <<https://www.oecd.org/going-digital/ai/principles/>>. Acesso em: 27 maio 2019.

PEIXOTO, Fabiano Hartmann; SILVA, Roberta Zumblick Martins da. Inteligência Artificial e Direito. Curitiba: Alteridade, 2019. 149 p.

SCHWAB, Klaus. A quarta revolução industrial. São Paulo: Edipro, 2016. 159 p. Tradução Daniel Moreira Miranda.

A correlação dos contratos digitais com a indústria fordista

The parity of the digital contracts with the Fordist industry

Murilo Estrela Mendes¹

Juliana Palma Zarelli²

Sumário: 1. Os contratos contemporâneos e a correlação dos digitais com a forma massificada da indústria Fordista; 2. Os contratos digitais sob a óptica social e psicológica; 3. Análise contratual em meio virtual conforme a legislação brasileira; Considerações finais.

Resumo: O presente trabalho utilizou o método dedutivo e revisão bibliográfica, com o objetivo de apresentar reflexões sobre a nuance dos contratos virtuais em meio ao ordenamento jurídico que dispõe sobre o aparato contratual, relações estabelecidas, e, nesse viés, a postura que se tem quanto ao consumidor, evidenciando a postura enfraquecida deste em face de acordos celebrados virtualmente e como se dá seu procedimento e respaldo legislativo. O Código Civil estabelece as diretrizes para a formação do contrato, bem como os princípios que devem nortear ele e aspectos integrantes, somado ao Código de Defesa do Consumidor brasileiro que prevê a defesa do cliente, que, com as alterações o qual por meio de leis, engloba situações do meio virtual, versando sobre algumas situações às quais o consumidor é sucessível nessa esfera, procurando protegê-lo e guiá-lo. Adjunto à essa disposição, faz-se um paralelo histórico entre o contrato massificado que era previamente perpetuado na Indústria Fordista perante essa relação atual, buscando-se evidenciar que esse aspecto, e postura adquirida pelo aceitante do documento, já é algo existente e as mudanças que este apresentou em face do advento da modernidade; e como essa situação vivenciada com contratos digitais pode se relacionar com a globalização, a facilidade dos negócios com a diminuição figurativa de distâncias comerciais, seu caráter informativo e facilitado em aspecto ao acesso, que gerou um ímpeto imediatista no ser humano, querendo suas vontades atendidas instantaneamente, fator este que os ambientes virtuais tiram vantagem ao oferecer um serviço, ou produto, e ao se concretizar o negócio necessitando do aceite do contrato.

Palavras-chave: Contratos; Consumidor; Tecnologia, Fordismo.

Abstract: The present paper has utilized the deductive method and bibliography review, with the goal of presenting reflections about the nuance of the virtual contracts among the legal system that displays about the contractual apparatus, established relations, and, in this bias, the stance that exists by the consumer, showing the weak stance that this person has against the agreements that are virtually made and how these procedures happen and their legal backing. The Civil Code establishes the guidelines for the contract formation, along with the principles that shall guide it and the constituent aspects, In addition with the Brazilian Consumer's Code of Defense that provides the customer's defense, which, with the changes brought by laws, embrace situations from the virtual environment, concerning about some conditions that the client is exposed in this setting, looking for protecting and guiding him/her. In associate with this provision, a historical parallel was made between the massified contract that was previously perpetuated in the Fordist Industry and this connection nowadays, aiming to show that this aspect, and stance from the acceptor of the document, is already something existent and the changes that happened because of the modernity advent, and how this situation that occurs with the digital contracts can be related to globalization, the ease of business with the figurative decrease of commercial distances, its informative and facilitated purposes in aspect of access, which generated a short-term impetus in the human being, desiring that his/her wills would be fulfilled instantly, an element that virtual environments take advantage of when offering a service, or product, and when making a deal needing the agreement of the contract.

Keywords: Contracts; Consumer; Technology; Fordism.

1 Mestre em Direito pela UNIMAR-SP. Aluno Especial no programa de Doutorado da UNIMAR-SP. Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade Damásio- SP. Especialista em Direito do Trabalho e Direito Previdenciário pelo Centro Universitário Toledo de Ensino- SP. Graduado em Direito pelo Centro Universitário Toledo de Ensino- SP. Docente nas disciplinas de Direito do Trabalho e Direito Processual Civil na UNIFASIPE, Sinop-MT. Advogado inscrito na OAB-SP e OAB-MT. E-mail: murilo_estrella@hotmail.com

2 Acadêmica de Direito na UNIFASIPE. Graduada em Relações Internacionais na UNINTER. Acadêmica de Comércio exterior na UNINTER. Pós graduanda em Gestão de Negócios pelo Business Behavior Institute of Chicago. E-mail: julianapzarelli@gmail.com

1. Os contratos contemporâneos e a correlação dos digitais com a forma massificada da Indústria Fordista

Com o passar dos anos a sociedade sofreu alterações históricas e sociais, a título de exemplo faz-se necessário citar: a Revolução Industrial Inglesa (início 1760), a Primeira Grande Guerra (1914-1918), a Segunda Guerra Mundial (1939-1945), dentre outros marcos históricos que contribuíram com a evolução social. As relações jurídicas são impactadas com as mudanças sociais e, por esse motivo, os contratos pactuados anteriormente previam situações distintas das celebradas atualmente.

Em relação a evolução da teoria geral contratual, Enzo Roppo³ enfatiza em sua obra que as influências do liberalismo pesaram diretamente na transformação contratual, as relações mercantis alteraram as relações sociais. Parafraseando Sandro Marcos Godoy⁴, a incessante busca do homem por um sistema jurídico invulnerável resultou no presente cenário legal, a evolução social contribuiu diretamente com o atual cenário jurídico.

O contrato é definido por Clóvis Beviláqua⁵ da seguinte maneira: “o acordo de vontade de duas ou mais pessoas com a finalidade de adquirir, resguardar, modificar ou extinguir direito”.

O instrumento contratual busca formalizar os interesses das partes na esfera privada ou administrativa, neste sentido aduz Antônio Carlos Cintra Amaral: “Os contratos atribuem direitos e obrigações às partes que os celebram. O princípio básico dos contratos em geral é o ‘pacta sunt servanda’, ou seja, os pactos devem ser observados e cumpridos”⁶. Entretanto, há previsões fáticas e jurídicas que devem ser interpretadas de acordo com a vulnerabilidade de uma das partes, um exemplo são os consumidores que nos pactos celebrados têm a proteção legal diante da sua fragilidade consumerista.

Há inúmeras relações jurídicas, assim, surgem diversos contratos. Ordinariamente visualiza-se contratos com a finalidade mercantil, relação que está diretamente concatenada com o sistema de governo capitalista, com isso as relações contratuais são pautadas na troca de riquezas, Enzo Roppo⁷ evidencia essa posição:

O contrato, portanto, transforma-se para adequar-se ao tipo de mercado, ao tipo de organização económica em cada época prevaiente. Mas justamente, transformando-se e adequando-se do modo que se disse, o contrato pode continuar a desempenhar aquela que é- e continua a ser- a sua função fundamental no âmbito das economias capitalistas de mercado: isto é, a função de instrumento da liberdade de iniciativa económica.

O aceite contratual é uma das características primordiais no contrato, o liame volitivo é essencial, conforme Joaquim José Pereira da Silva Ramos: “A qualidade característica, que distingue os contractos dos outros actos judiciais, consiste no concurso simultâneo da promessa de um e aceitação do outro, ou no consentimento

3 ROPPO, Enzo. O contrato. Trad.: Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988, p. 295.

4 GODOY, Sandro Marcos. Gênese do Direito: As primeiras leis e obrigações. Revista Pensamento Jurídico – São Paulo – Vol. 9, Nº 1, jan./jun. 2016, p.16

5 BEVILÁQUA, Clóvis. Código Civil Anotado, vol. 4. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1916

6 AMARAL, Antônio Carlos Cintra. Licitação e contrato administrativo: estudos, pareceres e comentários. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 25.

7 ROPPO, Enzo. O contrato. Trad.: Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988, p.310.

recíproco”⁸:

Conforme sobredito, o aceite é a exteriorização da vontade do contratante e do contratado em pactuarem uma relação jurídica.

Contemporaneamente, ao assinar qualquer curso, serviço, fazer um cadastro em algum site, ou até ao comprar um produto, se evidencia na tela um contrato, no qual a única opção do consumidor, nesse viés, o contratante é a de, somente, clicar em um local que caracteriza a aceitação deste, se não o fizer o procedimento que estava em andamento não tem continuidade. Dessa forma, o consumidor é inclinado a aceitar todos aqueles termos sem a possibilidade de contestar, havendo essa padronização contratual a todos os visitantes daquele website.

Essa situação remonta aos contratos massificados da indústria Fordista, na qual Henry Ford contratava com um mesmo contrato inúmeros trabalhadores para as esteiras de produção de suas indústrias, não dando margem às negociações, afinal havia a incerteza econômica vivenciada na época.

Levando-se em contexto a Primeira Guerra Mundial que eclodiu nesse período-1914 até 1918, se aquele contratado tivesse reclamações, ou estivesse em desacordo quanto a algo, haveriam muitos outros desempregados dispostos a ocupar as vagas remanescentes.

Com o advento do século XX, com a conectividade e globalização promovidas pela internet, esse conceito perdurou e se atualizou no meio virtual, mas preservando sua essência, na qual somente permite o aceite do contrato, não estabelecendo vínculos entre contratante e contratado de uma negociação entre as partes, e subsequente decisão benéfica à ambos feita em conjunto, sendo, na realidade, estas unilaterais e, analisando sob o viés do consumidor, impositivas em certos aspectos; podendo ser intrinsicamente comparáveis às chamadas Cláusulas Leoninas de outrora, aquelas denominadas abusivas na atualidade.

2. Os contratos digitais sob a óptica social e psicológica

Ao considerar os estudos de Keohane⁹, cientista político estadunidense, existem 4 tipos de globalismo, sendo um deles o cultural, que envolve movimento de ideias, informação, imagens, e de pessoas as quais, com certeza, perpetuam estas as levando consigo. Esse mesmo globalismo cultural aplicado a meio administrativo foi o que, em partes, possibilitou o conceito de massificação de contratos de resistir aos anos, bem como se modernizar à esfera digital, pois este foi sendo compartilhado em diferentes sociedades e meios, principalmente pela facilidade de um mesmo contrato em abarcar inúmeros sujeitos, otimizando o tempo e número de adquirintes deste, potencializando o serviço em questão, mas, ao mesmo tempo, tornando de forma cada vez mais diminuta a possibilidade de se questionar algo quanto à natureza deste, e impossibilitando, assim, sua contestação e alteração.

Em certos aspectos, esse caráter de contratação massificada e unilateral pode ser compreendido, em seu amplo uso no meio digital, pelo caráter imediatista que este

8 RAMOS, Joaquim José da Silva. Apontamentos Jurídicos sobre Contractos. 1868. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/bd000055.pdf> - acesso em 01 de jan de 2021.

9 KEOHANE, Robert O.; NYE, Joseph S. Power and interdependence. 4ª edição: Editora Pearson, 2011.

traz em sua composição, abarcando exponencialmente muito mais clientes, de modo imediato, uma característica que, na esfera virtual os clientes, em sua grande maioria buscam, poder ter o serviço requerido naquele instante, marcos da globalização e da interconectividade que esta gera, a facilidade que há com tudo ao alcance que apenas um clique proporciona ocasionou o desenvolvimento, cada vez maior, dessa nuance impaciente no ser humano, querendo ter seus anseios sanados prontamente.

Conforme aponta Zygmunt Bauman¹⁰, sociólogo contemporâneo, em seus conceitos desenvolvidos de liquidez (em sua obra *Modernidade Líquida*), vivemos em uma Modernidade Líquida, na qual tudo se mostra como sendo efêmero e instantâneo, tornando o ser humano inclinado a buscar coisas com esse caráter imediatista, atendendo sua impaciência; os contratos digitais seguem essa linha, na qual para concretizar o acordo basta apertar um botão que afirma ter aceitado os termos, impossibilitando uma discussão de fatores e alterações até se alcançar um documento que estabeleça diretrizes que agradem ambos.

Muitos indivíduos em seu comportamento online frente a um contrato, inclusive, nem chegam a ler os termos que estão aceitando, se apressando somente em clicar em aceitá-los somente, enfrentando, por vezes consequentemente, situações desagradáveis oriundas desse aceite desmedido de um olhar mais atento ou paciente quanto ao documento em questão.

3. Análise contratual em meio virtual conforme a legislação brasileira

A evolução tecnológica influenciou a transgressão fronteira dos Estados, neste sentido, Manuel Castells¹¹ enfatiza que a civilização mundial caminha para uma sociedade em rede, ou seja, os Estados serão interligados através de uma governança, compartilhando as soberanias através da geopolítica.

Em relação a sociedade em rede, Manuel Castells¹² enfatiza que a pacificação social está atrelada as questões normativas globais, vinculando as questões econômicas e sociais, vez que o modelo capitalista implantado até o momento está contribuindo com a marginalização dos direitos sociais e, ao mesmo tempo fortalecendo os países dominantes.

Necessário esclarecer que a presente pesquisa não tem a finalidade de debater modelos econômicos, entretanto, evidente que na atualidade a tecnologia e o capitalismo auxiliou o crescimento econômico de diversos países, ao passo que o desenvolvimento econômico foi deixado em segundo plano.

A tecnologia influencia as relações sociais, entretanto essa dependência tecnológica danifica a harmonia social. Neste sentido, Ulrich Beck¹³, aduz que pertencemos “sociedade de risco”, em outras palavras, os aparatos tecnológicos direciona a sociedade para um risco inimaginável e, por diversas vezes incalculável. Os riscos são presumidos e dificilmente há constatação, por esse motivo, o presente

10 BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. 1ª edição: Editora Zahar, 2001.

11 CASTELLS, Manuel. *A Era da informação: Sociedade em Rede*. São Paulo, Paz e Terra, 1999, p. 25.

12 CASTELLS, Manuel. *A Era da informação: Sociedade em Rede*. São Paulo, Paz e Terra, 1999, p. 26.

13 BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Traduzido por Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34, 2010, p. 24.

debate é de extrema importância, até porque o consumo é a mola propulsora da sociedade, devendo assim, ter uma regulamentação que viabilize o consumo e regule os contratos.

Em meio à esse cenário têm-se o Código de Defesa do Consumidor brasileiro, que data , em sua primeira publicação, do Governo Collor em 1990, tendo sido instituído pela Lei nº 8.078, este que desde sua criação já sofreu alterações visando a adaptação deste à evolução da sociedade, afinal o Direito é um reflexo constante da nação à qual foi criado, do avanço desta, em teores temporais e ideológicos, sendo alterado também em conformidade à ela.

Com a situação da internet não é diferente, o Código foi sendo atualizado quanto à essas questões conforme adventos de modernização da sociedade vigente, na medida do possível, mas o consumidor ainda se encontra em uma posição mais frágil, principalmente pela unilateralidade contratual e seu teor impositivo, gerados pela ausência de uma fase pré-contratual, a impossibilidade de negociação, bem como de contestação também. O autor Ronaldo Alves de Andrade¹⁴ destaca que:

O Código de Defesa do Consumidor brasileiro não regulou minuciosamente os contratos de venda à distância, não estabelecendo os requisitos necessários para tal modalidade de contratação, tampouco ditou os tipos de contrato que poderiam, legalmente, ser celebrados dessa forma e nem fixou seus respectivos objetos. Em realidade, limitou-se a instituir, no Artigo 49, o Direito de Recurso, ou seja, Direito de Arrependimento, permitindo ao consumidor desistir dentro de sete dias, recebendo de volta, corrigida monetariamente, a importância despendida na aquisição. O dispositivo legal é extremamente abrangente e por certo constitui um tipo aberto, cabendo ao juiz preenche-lo.

Evidenciando que ainda se tem muito apelo à jurisprudência para sanar situações desse meio, não havendo pontos específicos que versem quanto à essa relação de consumo virtual contemporânea de modo pormenorizado, como o tem na tradicional, deixando o indivíduo exposto e perdido quanto à como proceder e o que pode ser feito em sua causa.

Um dos princípios que norteiam as relações jurídicas é a autonomia da vontade dos contratantes. Assim sendo, “a autonomia da vontade como princípio deve ser sustentada não só como um elemento da liberdade em geral, mas como suporte também da liberdade jurídica”¹⁵

A liberdade jurídica anteriormente mencionada por Irineu Strenger, é a liberdade de negociar, contratar, contudo, a liberdade não pode afrontar a Constituição, bem como as leis, de maneira inversa ocorrerá um ilícito. A liberdade não é absoluta, enfatiza Maria Helena Diniz¹⁶: “É preciso não olvidar que a liberdade contratual não é ilimitada ou absoluta, pois está limitada pela supremacia da ordem pública, que veda convenções que lhe sejam contrárias e aos bons costumes, de forma que a vontade dos contraentes está subordinada ao interesse coletivo”.

Nesse sentido, os contratos são reconhecidos pela sociedade e pelo ordenamento jurídico desde que as diretrizes estejam condizentes com os preceitos basilares da República Federativa do Brasil.

14 ANDRADE, Ronaldo Alves. Contrato eletrônico. 1ª edição: Editora Manole, 2004, p.109.

15 STRENGER, Irineu. Da autonomia da vontade: direito interno e internacional. São Paulo: LTr, 2000, p.66.

16 DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.42.

O consumidor vincula-se com as cláusulas expressas no contrato ou pela proposta vinculada, vez que a proposta vincula. Todavia, o desequilíbrio contratual foi plenamente reconhecido pelo legislador, tanto é que as normas consumeristas visam equalizar a relação entre consumidor e fornecedor.

Atualmente, a tecnologia otimiza tarefas rotineiras, tanto que os sistemas empresariais buscam acelerar produção e minimizar as imperfeições. Além disso a tecnologia é utilizada para fomentar a indústria do consumo, o ser humano almeja facilidades e cria necessidades que anteriormente não pertenciam ao homem.

Por esse motivo, as relações consumeristas devem ser interpretadas sistematicamente, ou seja, as normas constitucionais pertencem as relações. A Constituição Federal de 1988 tem como diretrizes principiológicas que protegem o consumidor, disposições necessárias vez que a vulnerabilidade é inerente ao consumidor.

Necessário consignar que a proteção é para equalizar as partes e não aniquilar os direitos do empresariado, até porque a livre iniciativa e a livre concorrência fomentam a ordem econômica nacional (Art. 170 da Constituição Federal de 1988)¹⁷, contribuindo diretamente com os direitos dos consumidores.

Ainda em relação ao direito do consumidor, o artigo 4º da Lei 8.078/90¹⁸ traz diretrizes que zelam pela segurança e qualidade de seus produtos consumidos, bem como fomenta a transparência e informação aos consumidores. Em síntese, os direitos básicos estão dispostos no artigo 6º do CDC.

O Estado tutela o consumidor no âmbito judicial e extrajudicial, assim, os contratos de consumo online devem ser interpretados de acordo com as normas constitucionais e consumeristas.

17 Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

18 Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995) I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

II - ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor:

[...] c) pela presença do Estado no mercado de consumo; d) pela garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho.

III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;

IV - educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo;

Tendo sua composição contratual em grande maioria como intersistêmicos, não havendo uma manifestação humana direta de vontade, esta, com o advento do meio digital, se tornou representada por um sistema intrínseco à programação do documento em questão, tentando torna-los mais pessoais por meio da assinatura eletrônica, em alguns casos, mas ainda não se apresentam como sendo expressivo, quando comparados ao comum de somente clicar no ícone de aceitar os termos, buscando transmitir ao cliente uma ilusão de proximidade, ansiando por fazê-lo sentir-se representado, quando, em realidade, este não tem voz para evidenciar seus apontamentos e acréscimos.

Considerações Finais

Destarte, faz-se possível entender a relação existente entre os contratos massificados celebrados por Henry Ford em seu período com os atuais feitos em cenário virtual, os quais tornam obrigatórios o aceite de suas cláusulas para prosseguir transação, não dando margem ao consumidor de negociar ou mudar o documento conforme sua necessidade, o que ocorreu também na Revolução Industrial, na qual em meio ao sistema fordista o trabalhador era inclinado a acatar o previsto contratualmente, se não o fizesse o contrato não era celebrado e este proletário era facilmente substituído.

O anseio imediatista que atualmente domina o ser humano mostrou-se como um responsável pela popularidade dos contratos online, oriundo como um dos efeitos da globalização, esta que facilitou o contato, o acesso a informação, tornou o indivíduo impaciente e com uma tendência a querer que tudo se resolva de imediato, fato este que as empresas se aproveitam ao massificar um contrato digital, tendo sua aprovação através de um clique somente.

A luz dessa nova realidade que vigora no meio online, o CDC brasileiro prevê algumas diretrizes genéricas, as quais aliadas à forma contratual que foi positivada no Código Civil em teor da teoria dos contratos, mas ainda se apresenta em déficit quanto à aspectos específicos que busquem resguardar o consumidor, face mais fraca dessa relação, e o orientar nessas questões, que na atualidade são em peso resolvidas através de jurisprudência, o que deve-se sempre apontar que é uma vertente muito subjetiva e cultural do direito.

Referências Bibliográficas

ANDRADE, Ronaldo Alves. Contrato eletrônico. 1ª edição: Editora Manole, 2004.

BAUMAN, Zygmunt. Modernidade líquida. 1ª edição: Editora Zahar, 2001.

BECK, Ulrich. Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade. Traduzido por Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34, 2010.

BEVILÁQUA, Clóvis. Código Civil Anotado, vol. 4. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1916.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm> Acesso em 02 jan 2021

CASTELLS, Manuel. A Era da informação: Sociedade em Rede. São Paulo, Paz e Terra, 1999.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GODOY, Sandro Marcos. Gênese do Direito: As primeiras leis e obrigações. Revista Pensamento Jurídico – São Paulo – Vol. 9, Nº 1, jan./jun. 2016.

KEOHANE, Robert O.; NYE, Joseph S. Power and interdependence. 4ª edição: Editora Pearson, 2011.

RAMOS, Joaquim José da Silva. Apontamentos Jurídicos sobre Contractos. 1868. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/bd000055.pdf> - acesso em 01 de jan de 2021.

ROPPO, Enzo. O contrato. Trad.: Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988.

STRENGER, Irineu. Da autonomia da vontade: direito interno e internacional. São Paulo: LTr, 2000.

O compliance aplicado à adequação dos contratos de trabalho às perspectivas Da Lei Geral de Proteção De Dados

Compliance applied to the fitness of work contracts to the perspectives of the General Data Protection Law

Lucélia Bastos Gonçalves Marcondes¹

Miriam Olivia Knopik Ferraz²

Sumário: 1. Introdução; 2. Compliance e relações de trabalho; 3. O compliance aplicado à adequação dos contratos de trabalho às perspectivas da Lei Geral de Proteção de Dados; 4. Considerações Finais. Referências bibliográficas.

Resumo: O presente estudo tem por objetivo apontar o programa de compliance como um instrumento útil e benéfico às relações de trabalho atuando na redução do passivo judicial trabalhista e na efetivação de direitos dos trabalhadores. A mudança da cultura da organização é um objetivo a ser alcançado que enseja não somente na adequação das empresas às normativas, mas alteração de comportamentos de todos os que fazem parte das empresas. Para tanto, como objetivos específicos avalia-se como o compliance contribui para a adequação dos contratos de trabalho quanto ao correto tratamento de dados pessoais e sensíveis dos trabalhadores segundo as disposições da nova Lei Geral de Proteção de Dados que apesar de não fazer menção direta à área laboral, não a excluiu, concluindo pela observância obrigatória. Nesse sentido, desenvolve-se a pesquisa considerando o paradigma do compliance e seus pilares relacionando-os ao Direito do Trabalho, para então, examinar sua interrelação com a Lei Geral de Proteção de Dados. Ademais, aponta-se como o programa de compliance colabora para que sejam atingidos os objetivos desta norma. A metodologia utilizada consistiu na lógico-dedutiva por meio da revisão bibliográfica. Como resultado final, apresenta-se que a implementação do compliance é útil para que a empresa consiga atender às exigências trabalhistas como um geral, mas principalmente às exigências legais pertinentes ao tratamento e proteção de dados nos contratos de trabalho, que se não manejados adequadamente podem ensejar em violação de direitos dos trabalhadores e perdas financeiras para as empresas.

Palavras-chave: Compliance; Proteção de dados; LGPD nas relações de trabalho; Contratos de trabalho.

Abstract: The present study aims to point out the compliance program as a useful and beneficial instrument to labor relations, acting in the reduction of labor judicial liabilities and in the enforcement of workers' rights. Changing the culture of the organization is an objective to be achieved that leads not only to the adaptation of companies to regulations, but to the behavior of all those who are part of companies. Therefore, as specific objectives, it is assessed how compliance contributes to the adequacy of employment contracts regarding the correct treatment of workers' personal and sensitive data according to the provisions of the new General Data Protection Law, which, despite not making direct mention of labor area, did not exclude it, concluding by mandatory compliance. In this sense, the research is developed considering the compliance paradigm and its pillars relating them to Labor Law, to then examine its interrelation with the General Data Protection Law. Furthermore, it is pointed out how the compliance program collaborates so that the objectives of this standard are achieved. The methodology used consisted of logical-deductive through bibliographic review. As a final result, it appears that the implementation of compliance is useful for the company to be able to meet labor requirements as a general, but mainly the legal requirements pertaining to the treatment and protection of data in employment contracts, which, if not handled properly, can lead to a violation of workers' rights and financial losses for companies.

Keywords: Compliance; Data protection; LGPD in labor relations; Employment contracts.

¹ Graduada em Direito pela FAE Centro Universitário. Pós-graduanda em Direito Contemporâneo pela Faculdade de Educação Superior do Paraná (FESP). Advogada da Rücker Curi Advocacia e Consultoria Jurídica. Membro da Associação Nacional dos Profissionais de Privacidade de Dados - ANPPD. E-mail: lubastosg@gmail.com

² Doutoranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Mestre e Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Pós-graduanda em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional. Editora Adjunta da Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Coordenadora Adjunta do Grupo de Estudos em Análise Econômica do Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná- Brasil. Professora da FAE Business School. Advogada. Fundadora do NÔMA Norma e Arte. E-mail: m.okf@hotmail.com

1. Introdução

O compliance ganhou espaço no cenário brasileiro a partir dos escândalos deflagrados pela operação Lava Jato. A busca por melhores práticas possibilitou o desenvolvimento de programas de compliance capazes de promover uma gestão ética e transparente de significativo impacto sobretudo nas relações de trabalho.

O acelerado desenvolvimento tecnológico exige atenção constante do empregador para que permaneça em conformidade com os deveres e direitos trabalhistas, e a facilidade de obtenção e difusão de dados do empregado demanda a observância obrigatória à Lei Geral de Proteção de Dados.

A fim de atender a nova Lei, o presente estudo procura demonstrar que o compliance corrobora para a adequação dos contratos de trabalhos no que tange ao correto tratamento de dados, para alcançar este objetivo, utilizou-se da metodologia lógico-dedutiva e subdividiu-se o trabalho em dois tópicos: compliance e relações de trabalho e posteriormente esses paradigmas sob a perspectiva da Lei Geral de Proteção de Dados.

2. Compliance e relações de trabalho

A palavra compliance vem do “inglês to comply with, que significa estar de acordo, cumprir com as leis e regulamentos estatais”³. Apesar de este conceito parecer relativamente simples a realidade demonstra que é objeto de muito desafio às corporações, pois se trata da modificação da cultura empresarial, atos de gestão contínuos de caráter ético e transparente de finalidade preventiva.

A popularidade do compliance tem sido maior nos últimos anos, em especial no Brasil, após a deflagração de escândalos envolvendo corrupção na operação Lava Jato. Contudo, olhando para o cenário americano, verifica-se registro de sua origem com a criação do Banco Central em 1913, visando a formação de um sistema financeiro mais flexível, seguro e estável⁴. Modernamente, o programa de compliance é aplicado em qualquer área e seu contínuo desenvolvimento permitiu sua estruturação em pilares, ou seja, assuntos basilares que conduzem as organizações a um ambiente transparente e ético quanto à condução das suas atividades, quais sejam: suporte da alta administração, avaliação ou análise de riscos, produção de Códigos de conduta e políticas de compliance, criação de controles internos, treinamento e comunicação, estruturação de canais de denúncia, investigações internas e due diligence,⁵

Apesar de não ser um critério obrigatório no mundo corporativo, cada vez mais as instituições têm demonstrado interesse em estabelecer programas de compliance, pois sua implementação conduz a uma utilização de recursos de forma eficiente, a

3 VERÍSSIMO, Carla. Compliance: incentivo à adoção de medidas anticorrupção. São Paulo: Saraiva, 2017, p.13.

4 SANTOS, Renato de Almeida dos. Compliance como ferramenta de mitigação e prevenção da fraude organizacional. Dissertação (Mestrado em Administração) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 35. Disponível em: <<https://repositorio.enap.gov.br/bitstream/1/5687/1/2-lugar%20profissionais.pdf>>. Acesso em: 02 jan. 2021.

5 O compliance é estruturado em pilares que variam de acordo com o perfil de cada organização, para o aprofundamento, consulte: LEGAL, ETHICS & COMPLIANCE – LEC. Os 9 pilares de um programa de compliance. São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://lec.com.br/blog/os-9-pilares-de-um-programa-de-compliance/>>. Acesso em 07 ago. 2020.

uniformidade e coerência das práticas de gestão, crescente nível de conhecimento entre os envolvidos, confiança dos investidores com elevados níveis de cooperação e aumento dos lucros gerando benefícios à organização e a toda a sociedade⁶.

Visando as vantagens advindas com o programa, as relações de trabalho não poderiam permanecer alheias, sobretudo quando apresentado como uma ferramenta capaz de reduzir as ações judiciais propostas pelos trabalhadores.

A questão é altamente relevando diante do número de ações demandadas todos os anos. Conforme apresentado pela revista *Justiça em Números 2020*⁷ apenas em 2019, no Brasil, foram ajuizadas, na Justiça do Trabalho, 3.093.582 (três milhões noventa e três mil, quinhentos e oitenta e duas) ações cujas pretensões foram relacionadas à rescisão do contrato de trabalho e verbas rescisórias, 390.571 (trezentos e noventa mil quinhentos e setenta e uma) ações correspondentes à responsabilidade civil do empregador e indenização por dano moral, seguidas de 326.640 (trezentos e vinte e seis mil seiscentos e quarenta) sobre diferenças de remuneração, verbas indenizatórias, benefícios, salário e diferença salarial, entre outras.

Rodrigo de Lacerda Carelli⁸ explica que o expressivo número de ações na Justiça Especializada é devido a uma cultura de descumprimento de legislação. Sendo necessário trabalhar a cultura organizacional, a adoção de programas de conformidade, quando realizados de forma responsável e efetiva, tendem a contribuir para alterar essa realidade e com isso possibilitar vantagens tanto às corporações como a própria Administração Pública, especialmente no que concerne aos gastos públicos com a esfera judiciária.

O programa ainda assume importante papel no cumprimento da função social da organização e influencia diretamente nos direitos trabalhistas dos empregados, constituindo-se como uma ferramenta de concretização desses direitos. Martins e Montal⁹ esclarecem que o programa de compliance trabalhista não deve almejar apenas a redução do passivo laboral, mas beneficiar também os trabalhadores, pois “o contrato de trabalho é bilateral, impondo direitos e obrigações para ambas as partes. A organização empresarial não pode apenas almejar fins econômicos”. Coutinho¹⁰, por sua vez, afirma que a cultura do compliance fortalece o sistema de gestão de pessoas e melhora o clima no interior das organizações, enquanto Lima¹¹

6 GONÇALVES, José Antônio Pereira. Alinhando processos, estrutura e compliance à gestão estratégica. São Paulo: Atlas, 2012, p. 64-65. Apud RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; DINIZ, Patrícia Dittrich Ferreira. Compliance e a lei anticorrupção nas empresas. Revista de informação legislativa, Brasília, v. 52, n. 205, jan./mar. 2015, p. 90. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/handle/id/509944>>. Acesso em: 24.jun.2020.

7 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. Justiça em Números 2019. Brasília, 2019. Disponível em:<cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf>. Acesso em 24 jun. 2020, p. 238.

8 CARELLI, Rodrigo de Lacerda. Janela TRT. Mato Grosso, 2018. Disponível em: <<https://portal.trt23.jus.br/comunicacao/janelatrtr/justica-do-trabalho-no-mundo/>>. Acesso em 18 jun. 2020.

9 MARTINS, Juliane Caravieri; MONTAL, Zélia Maria Cardoso. Compliance trabalhista e o direito à educação para o trabalho: desafios em face da responsabilidade social da empresa. Revista de Direito do Trabalho, RT, vol. 199., mar. 2019, p. 2. Disponível em: <<https://www.revistadoatribunais.com.br>>. Acesso em: 24 jun. 2020.

10 COUTINHO, Aldacy Rachid. Risco. Compliance e o direito do trabalho. In: TEODORO, Maria Cecília Máximo; VIANA, Márcio Túlio; ALMEIDA, Cleber Lúcio de e NOGUEIRA Sabrina Colares (Org.). Direito material e processual do trabalho: V Congresso latino-americano de direito material e processual do trabalho. São Paulo: Ed. LTr, 2017, p. 100. Apud MARTINS, Juliane Caravieri; MONTAL, Zélia Maria Cardoso, Obra citada, p. 4.

11 LIMA, Ricardo Alves de. Compliance trabalhista: conceitos e estrutura do programa de compliance. São Paulo, Ed. do Autor, 2020, p. 9.

declara que a composição de um programa de conformidade na área trabalhista “visa à identificação dos pilares e dos princípios éticos empresariais nas relações da empresa com o corpo de trabalhadores, com terceiros prestadores de serviços, e com empresas parceiras”, desta forma, é possível atender as garantias constitucionais e trabalhistas de maneira a produzir um ambiente laboral saudável, prezando pela saúde física e emocional dos trabalhadores, provocando seu bom desempenho e, conseqüentemente, favorecendo a organização.

O estabelecimento de uma cultura ética influencia diretamente os colaboradores que quanto mais afetados pela conduta de integridade menos incidem em fraudes e comportamentos que resultam em desvios de recursos. Por isso um ambiente ético contribui para a produtividade e comprometimento dos empregados que se sentem pertencentes a uma comunidade com valores e fins próprios, criando um espírito de equipe, características que são alcançadas através de uma adequada estruturação do programa de compliance, favorecendo a atração e retenção de talentos¹².

Para isso, recomenda-se a aplicação dos pilares do compliance, iniciando pelo exemplo da alta administração que deve demonstrar efetivamente o seu comprometimento através de ações como manifestações verbais no contato com seus subordinados em treinamentos, liderança pelo exemplo com atuações éticas no dia a dia¹³, entre outros.

A organização deve dispor de regimentos internos e códigos de conduta de fácil acesso e em linguagem simples que reflitam a conduta organizacional, como ela age e o que espera dos seus colaboradores lembrando-os sempre através de treinamentos frequentes.

Os canais de denúncia devem ser programados de forma que os empregados se sintam confiantes e seguros ao apresentar eventuais irregularidades, momento em que é sugerido o anonimato como um meio de evitar possíveis retaliações em desfavor do denunciante.

As investigações internas, por sua vez, devem ser sempre documentadas e no caso de o responsável pela irregularidade ser um empregado a investigação pode ensejar a suspensão do contrato de trabalho caso se entenda que sua manutenção no ambiente laboral seja prejudicial pelo risco de manipulação ou destruição de provas. Assim, conclui-se que o investigado seja devidamente comunicado da situação que o envolve, evidenciando que a transparência percorre todo o ambiente de conformidade¹⁴.

O monitoramento dos processos estabelecidos no compliance deve ser constante, buscando avaliar a adequação do programa, a identificação e a análise de riscos. Contudo, o modo como esse monitoramento é realizado deve respeitar os

12 LAMBOY, Christian K; RISEGATO, Giulia G.A.Pappalardo; COIMBRA, Marcelo de Aguiar. Introdução geral em Compliance e Programa de Compliance. In: LAMBOY, Christian Karl de (Coor.). Manual de compliance. São Paulo: Via Ética, 2018, p. 10-11. Disponível em: <<https://viaetica.com/images/Manual-de-Compliance-Amostra.pdf>>. Acesso em: 28 jul. 2020.

13 INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA – IBGC. Compliance à luz da governança corporativa. Instituto Brasileiro de Governança Corporativa, São Paulo, 2017, p. 32. Disponível em: <<http://www.ibdee.org.br/guia-ibgc-compliance-luz-da-governanca-corporativa/>>. Acesso em 19 jun. 2020.

14 COSTA, Beatriz Angela Gimenez. Investigações internas de Compliance e seus limites pela ótica trabalhista. In: KLEINDIENST, Ana Cristina (Org.). Grandes Temas do Direito Brasileiro: compliance. São Paulo: Almedina Brasil, 2019, p. 29.

princípios de necessidade, proporcionalidade, normas de privacidade e as legislações trabalhistas locais¹⁵.

A fim de não ferir tais princípios, o empregador deve adequar os contratos trabalhistas à nova Lei Geral de Proteção de Dados e a estruturação de um programa de compliance corrobora para este fim, conforme será demonstrado na sessão seguinte.

3. O compliance aplicado à adequação dos contratos de trabalho às perspectivas da Lei Geral de Proteção de Dados

A Lei Geral de Proteção de Dados, Lei n.º13.709, de 14 de agosto de 2018, tem por objetivo proteger os direitos fundamentais de liberdade, privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade das pessoas naturais ao estabelecer critérios acerca do tratamento dos seus dados pessoais e sensíveis¹⁶.

Os dados pessoais são aqueles capazes de identificar ou tornar identificável a pessoa natural, referindo-se neste estudo ao trabalhador, e são exemplificados como o “nome, sobrenome, apelido, idade, endereço residencial, ou eletrônico, podendo incluir dados de localização, placas de automóvel, perfis de compras, número do Internet Protocol (IP), dados acadêmicos, histórico de compras, entre outros.”¹⁷

Enquanto isso, o dado pessoal sensível está relacionado à personalidade e ao comportamento do indivíduo como “dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual”¹⁸, entre outros que se vinculam a uma pessoa natural e que quando envolvidos ao contrato de trabalho podem ser motivo de fatores discriminatórios e, por isso, devem ser solicitados pelo empregador apenas se houver por fundamento alguma das justificativas estabelecidas pela Lei de Proteção de Dados¹⁹.

O conceito de tratamento de dados é definido em uma lista exemplificativa²⁰ que compreende qualquer forma de contato com os dados pelos agentes de tratamento. Na seara trabalhista envolvem procedimentos desde a oferta da vaga até o armazenamento e descarte de informações após a dispensa do empregado.

Entre os agentes de tratamento está o controlador, pessoa que é responsável

15 GOMEZ, Ana Cristina Perdomo; MARTELLA, Máira Ferraz; PÊGAS, Roberta Corbetta. Know your robot: inteligência artificial aplicada aos pilares do compliance. In: FRANCO, Isabel (Org.). Guia prático de compliance. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 318.

16 “Art. 1º. Esta Lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.” (BRASIL, Lei n.º13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm> Acesso em 02 de jan. de 2021).

17 PINHEIRO, Patricia Peck. Proteção de dados pessoais: comentários à Lei n. 13.709/2018 (LGPD). 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 28.

18 Artigo 5º, II.

19 Hipóteses de tratamento de Dados Pessoais Sensíveis, artigo 11.

20 “Art. 5º, X – tratamento: toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração”.

pelo dado, sendo associado à figura do empregador, o tomador de serviços ou o chefe²¹. Já o operador é aquele que realiza o tratamento de dados em nome do controlador, podendo ser um empregado eleito para o cargo, um setor do empregador, um departamento ou área específica²².

Outro personagem apontado pela Lei Geral de Proteção de Dados é o encarregado. Este tem a função de reporte à ANPD²³, recebe dela comunicações e adota providências, além de ser o contato entre o controlador e o titular de dados que pode solicitar alterações e descartes de seus dados a qualquer momento. Cassar e Pinheiro²⁴ chamam a atenção para a escolha do encarregado, pois pode ser um empregado da própria organização e, neste caso, será necessário a constituição de um aditivo contratual, devendo cuidar para não ocasionar acúmulo de função e garantir que a relação de subordinação não se torne um problema diante do dever de autonomia necessário no trato com a ANPD.

Olhando para o contrato de trabalho e sua adequação à proteção de dados são necessárias ações já na fase pré-contratual. Neste primeiro momento, o empregador deve permanecer limitado a obtenção de dados relacionados à capacidade profissional do empregado e essenciais à execução do trabalho²⁵. Perguntas relativas à existência de filhos, estado civil, gênero, doenças prévias e contato de referências, por exemplo, devem ser evitadas sob pena de afronta à Lei de Proteção de Dados²⁶. A guarda das informações do candidato em banco de dados para possível oportunidade futura somente será permitida com o consentimento do titular, sendo o aceite registrado de forma expressa e claro quanto ao tempo do armazenamento.

Durante a fase contratual seguem as mesmas recomendações, ou seja, para a formalização do contrato de trabalho serão solicitados somente os dados necessários ao desempenho da função, observando também os dados que são de informação obrigatória, cujo tratamento será realizado em virtude do cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador²⁷, a exemplo daqueles fornecidos aos órgãos públicos como INSS, Ministério do Trabalho, Caixa Econômica Federal e outros.

A fase pós-contratual está relacionada ao término do contrato de trabalho, momento em que os dados do trabalhador seriam descartados. Contudo, existem documentos que dever continuar armazenados por determinação legal e assim o serão pelo prazo estabelecido. Para alguns, recomenda-se o armazenamento mínimo de 2 anos em função da prescrição extintiva, considerando a possibilidade de futuras reclamações trabalhistas. Outros serão arquivados por prazo indeterminado, como aqueles relativos ao pedido de vínculo de emprego, anotação em CTPS e demais

21 CASSAR, Vólia Bomfim; PINHEIRO, Iuri. A Lei Geral de Proteção de Dados e seus impactos nas relações de trabalho. Instituto Trabalho em Debate. 2020. Disponível em: <http://www.trabalhoemdebate.com.br/artigo/detalhe/a-lei-geral-de-protecao-de-dados-e-seus-impactos-nas-relacoes-de-trabalho>. Acesso em 02 out. 2020, s.p.

22 OLIVIERI, Nicolau. LGPD e sua necessária adequação às relações de trabalho. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/lgpd-e-sua-necessaria-adequacao-as-relacoes-de-trabalho-28092019>>. Acesso em: 25 set. 2020, s.p.

23 Autoridade Nacional de Proteção de Dados.

24 CASSAR, Vólia Bomfim; PINHEIRO, Iuri. Op. Cit, s.p.

25 BARROS, Alice Monteiro. Proteção à Intimidade do Empregado. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 56

26 CASSAR, Vólia Bomfim; PINHEIRO, Iuri. Obra citada, s.p.

27 “Art. 7º, II - para o cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador”.

que se encontram associados a direitos imprescritíveis. Não se enquadrando em nenhuma dessas hipóteses, os dados podem ser descartados pelo empregador.

A fim de possibilitar o correto tratamento dos dados em cada uma das fases do contrato de trabalho as organizações terão que adequar seus procedimentos segundo as disposições da Lei Geral de Proteção de Dados. Para isso, a própria norma destina um capítulo²⁸ dedicado à segurança e boas práticas que envolvem um verdadeiro sistema de governança da informação, demonstrando que a aplicação de um programa de compliance é capaz de atender aos princípios previstos na Lei.

Esta ação é sugerida no artigo 50 da norma, sendo que no inciso I do parágrafo 2º é possível verificar o primeiro dos pilares que estruturam o programa, ou seja, o suporte da alta administração, pois prevê que a implementação de boas práticas deve evidenciar o comprometimento do controlador em adotar processos e políticas internas que assegurem o cumprimento dos procedimentos relativos à proteção de dados.

Outro pilar, a existência de códigos de conduta e políticas de compliance, é verificado ao passo que o caput do referido artigo sugere a formulação de regras que estabeleçam as condições de organização, o regime de funcionamento, os procedimentos, normas de segurança, padrões técnicos, entre outros. As ações educativas, no mesmo artigo, podem ser associadas às ações de treinamento e comunicação, um assunto importante no compliance por envolver um dos maiores riscos dentro da organização, o fator humano.

Da mesma forma que o compliance tem sua continuidade através do monitoramento e auditoria, o texto da Lei apresenta semelhante ideia ao dispor que o programa de governança em privacidade “seja atualizado constantemente com base em informações obtidas a partir de monitoramento contínuo e avaliações periódicas”²⁹. Avaliar e monitor são ações necessárias especialmente devido à facilidade de obtenção, modificação e transferência de dados em um cenário que modernamente é inundado pela tecnologia, além disso, demonstram o comprometimento e evidenciam a conformidade.

Coadunando estas e demais disposições da Lei Geral de Proteção de Dados, no que compreende os deveres de boas práticas a serem observados pelos controladores e operadores, às características do compliance, verifica-se notável semelhança. E, uma vez que o correto tratamento de dados deve ser obrigatoriamente observado na seara trabalhista, a estruturação de um programa de compliance se revela um importante e útil instrumento no caminho da conformidade com esta nova Lei.

4. Considerações Finais

As organizações nacionais e internacionais têm preferido estabelecer relações comerciais com outras que apresentem programas de integridade bem definidos pelos quais se possam demonstrar a conformidade com as obrigações legais e com a própria política interna de cada uma.

28 Lei Geral de Proteção de Dados – Art. 50.

29 Lei Geral de Proteção de Dados - Art. 50, §2º, alínea h.

A fim de atender a mais um aspecto legal, evidencia-se que apesar de a Lei Geral de Proteção de Dados não vincular de forma expressa o tratamento de dados nas relações de trabalho, também não a excluiu, fazendo com que o empregador assuma o dever de tratar corretamente, nos termos da norma, os dados dos seus subordinados e demais personagens envolvidos no ambiente do trabalho.

O estabelecimento de um programa de compliance efetivo tem a capacidade de satisfazer as duas necessidades: melhorar a imagem da empresa, tornando-a mais atrativa aos negócios, e atender aos requisitos apresentados pela nova Lei, protegendo os direitos dos trabalhadores, por meio de seus dados, e impactando em uma possível judicialização.

Referências bibliográficas

BARROS, Alice Monteiro. Proteção à Intimidade do Empregado. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2009.

BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho. Compliance. In: CARVALHO, André Castro et al. (Org.). Manual de Compliance, Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 35-52. E-Book.

BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em 2 jan. 2020.

CARELLI, Rodrigo de Lacerda. Janela TRT. Mato Grosso, 2018. Disponível em: <https://portal.trt23.jus.br/comunicacao/janelatrtr/justica-do-trabalho-no-mundo/>. Acesso em 18 jun. 2020.

CASSAR, Vólia Bomfim; PINHEIRO, Iuri. A Lei Geral de Proteção de Dados e seus impactos nas relações de trabalho. Instituto Trabalho em Debate. Disponível em: <http://www.trabalhoemdebate.com.br/artigo/detalhe/a-lei-geral-de-protecao-de-dados-e-seus-impactos-nas-relacoes-de-trabalho>. Acesso em 02 out. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. Justiça em Números 2019. Brasília, 2019. Disponível em: cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf. Acesso em 24 jun. 2020.

COSTA, Beatriz Angela Gimenez. Investigações internas de Compliance e seus limites pela ótica trabalhista. In: KLEINDIENST, Ana Cristina (Org.). Grandes Temas do Direito Brasileiro: compliance. São Paulo: Almedina Brasil, 2019. p. 15-34. E-Book.

GOMEZ, Ana Cristina Perdomo; MARTELLA, Máira Ferraz; PÊGAS, Roberta Corbetta. Know your robot: inteligência artificial aplicada aos pilares do compliance. In: FRANCO, Isabel (Org.). Guia prático de compliance. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 305-335. E-Book.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA – IBGC. Compliance à luz da governança corporativa. Instituto Brasileiro de Governança Corporativa, São Paulo, 2017, p. 32. Disponível em: <http://www.ibdee.org.br/guia-ibgc-compliance-luz-da-governanca-corporativa/>. Acesso em 19 jun. 2020.

LAMBOY, Christian K; RISEGATO, Giulia G. A. Pappalardo; COIMBRA, Marcelo de Aguiar. Introdução geral em Compliance e Programa de Compliance. In: LAMBOY, Christian Karl de (Coor.). Manual de compliance. São Paulo: Via Ética, 2018. Disponível em: <<https://viaetica.com/images/Manual-de-Compliance-Amostra.pdf>>. Acesso em: 28 jul. 2020.

LEGAL, ETHICS & COMPLIANCE – LEC. Os 9 pilares de um programa de compliance. São Paulo, 2017. Disponível em: <https://lec.com.br/blog/os-9-pilares-de-um-programa-de-compliance/>. Acesso em 07 ago. 2020.

LIMA, Ricardo Alves de. Compliance trabalhista: conceitos e estrutura do programa de compliance. São Paulo, Ed. do Autor, 2020. E-Book.

MARTINS, Juliane Caravieri; MONTAL, Zélia Maria Cardoso. Compliance trabalhista e o direito à educação para o trabalho: desafios em face da responsabilidade social da empresa. Revista de Direito do Trabalho, RT, vol. 199, 2019., mar. 2019. P. 59-80. Disponível em: <<https://www.revistadoatribunais.com.br>>. Acesso em: 24 jun. 2020.

OLIVIERI, Nicolau. LGPD e sua necessária adequação às relações de trabalho. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/lgpd-e-sua-necessaria-adequacao-as-relacoes-de-trabalho-28092019>. Acesso em: 25 set. 2020.

PINHEIRO, Patricia Peck. Proteção de dados pessoais: comentários à Lei n. 13.709/2018 (LGPD). 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. E-Book.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; DINIZ, Patrícia Dittrich Ferreira. Compliance e a lei anticorrupção nas empresas. Revista de informação legislativa, Brasília, v. 52, n. 205, p. 87-105, jan./mar. 2015. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/handle/id/509944>>. Acesso em: 24.jun.2020.

SANTOS, Renato de Almeida dos. Compliance como ferramenta de mitigação e prevenção da fraude organizacional. 2011. Dissertação (Mestrado em Administração) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2011.

VERÍSSIMO, Carla. Compliance: incentivo à adoção de medidas anticorrupção. São Paulo: Saraiva, 2017. E-Book.

Uma análise sobre o fenômeno da alienação humana e seus impactos nos direitos humanos sob a ótica de Hanna Arendt e Zygmunt Bauman

Analysis of the human alienation phenomenon and its impacts on human rights under the view of Hanna Arendt and Zygmunt Bauman

Caroline Emmerich Gomes Leal de Moura¹

Thalita Brunelli de Paulo²

Sumário: 1. Introdução; 2. Sociedade líquida e pós modernidade; 3. A importância da cidadania e do interesse político para garantia dos direitos humanos; Considerações Finais.

Resumo: O presente artigo possui como objetivo a análise da alienação humana na contemporaneidade. Ou seja, como a humanidade, em seus diversos aspectos, chegou a este ponto em que, a descartabilidade do ser humano é característica marcante do momento atual. Tratar da política como forma de garantir os direitos de todos os cidadãos, sobretudo os menos privilegiados e pensar “no que estamos fazendo”, partindo da análise crítica de Hanna Arendt em sua obra *A Condição Humana*, bem como avaliando o conceito de sociedade líquida desenvolvido por Zygmund Bauman. Assim, o presente artigo visa expor a crítica à modernidade, no que tange ao isolamento político dos seres humanos e em relação à perda do interesse comum, em um mundo que os principais valores são ditados pelo trabalho. Há uma preocupação individual, sempre buscando apenas o que lhe é necessário - a subsistência; perde-se o foco na busca pela criação de algo permanente, como ser humano eivado de caráter, prudência e bondade e a perpetuação de seus atos. Com efeito, para melhor entendimento da sociedade em que vivemos hoje, bem como para se desenvolver uma análise do papel da cidadania e da consciência individual no ser humano para garantia dos direitos de todos os cidadãos, sobretudo das minorias, importante complementar os ensinamentos de Hanna Arendt com o conceito de sociedade líquida desenvolvido por Zygmunt Bauman.

Palavras-chave: Alienação; direitos humanos; sociedade líquida

Astract: This article aims at the analysis of human alienation in contemporary times. That is, as humanity, in its various aspects, has reached the point where, the disposability of the human being is a striking feature of the present moment. To treat politics as a way of guaranteeing the rights of all citizens, especially the less privileged, and thinking “in what we are doing”, starting from the critical analysis of Hanna Arendt in her work *The Human Condition*, as well as evaluating the concept of liquid modernity developed by Zygmunt Bauman. This article aims to analyze human alienation in contemporary times. In other words, as humanity, in its various aspects, has reached this point where, the human being’s disposability is a remarkable characteristic of the current moment. Treat politics as a way to guarantee the rights of all citizens, especially the least privileged and think “what we are doing”, starting from the critical analysis of Hanna Arendt in her work *The Human Condition*, as well as evaluating the concept of liquid society developed by Zygmund Bauman. Thus, this article aims to expose the criticism of modernity, with regard to the political isolation of human beings and in relation to the loss of common interest, in a world where the main values are dictated by work. There is an individual concern, always seeking only what is necessary - subsistence; the focus is lost in the search for the creation of something permanent, as a human being, full of character, prudence and kindness and the perpetuation of his actions. Indeed, for a better understanding of the society in which we live today, as well as to develop an analysis of the role of citizenship and individual conscience in human beings to guarantee the rights of all citizens, especially minorities, it is important to complement Hanna’s Arendt’s teachings with the concept of liquid society developed by Zygmunt Bauman.

Key words: Alienation; human rights; liquid modernity

1 Caroline Emmerich Gomes Leal de Moura: Mestranda em Direito Empresarial na Universidade Nove de Julho de São Paulo. Advogada especializada em contratos. E-mail: cemmerich@tjsp.jus.br

2 Thalita Brunelli de Paulo: Mestranda em Direito Empresarial na Universidade Nove de Julho de São Paulo. Advogada especializada em contratos. E-mail: Brunelli.thalita@gmail.com

1.Introdução

As principais correntes da filosofia política contemporânea confirmam a importância da contribuição das obras de Hanna Arendt.

Hanna Arendt foi uma filósofa política alemã de origem judaica e uma das mais influentes do século XX, foi privada de seus direitos e perseguida no regime nazista na Alemanha a partir de 1933 o que a fez decidir emigrar. O regime nazista retirou-lhe a nacionalidade em 1937, o que a tornou apátrida até conseguir a nacionalidade norte-americana em 1951.

Em sua obra a *Condição Humana* Arendt discorre sobre múltiplas alternativas sobre a observação do mundo através de três atividades humanas fundamentais que integram o termo *vida activa*³. São elas:

O trabalho: que é a atividade que corresponde ao processo biológico do corpo humano e está ligada as necessidades vitais. A condição humana do trabalho é a própria vida.

A obra: é a atividade correspondente a não naturalidade da existência humana. Aquilo que o homem produz, em sua maioria, trata-se de objetos destinados ao uso, dotados de certa durabilidade. A obra proporciona um mundo artificial de coisas, diferente de qualquer ambiente natural. A condição humana da obra é a mundanidade.

A ação: é a única atividade que ocorre diretamente entre os homens, sem a mediação das coisas ou da matéria, corresponde à condição humana da pluralidade, ao fato de que homens, e não o Homem, vivem na Terra e habitam o mundo e que nenhum homem jamais será igual ao outro.

As três atividades e suas condições estão intimamente relacionadas com a condição geral da existência humana: o nascimento e a morte, a natalidade e a mortalidade.

Essa pluralidade é especificamente a condição de toda a vida política; porque somos iguais, isto é, humanos, de tal modo que ninguém é igual a qualquer outro que viveu, vive ou viverá.

O trabalho assegura não apenas a sobrevivência do indivíduo, mas a vida da espécie. A obra e seu produto, o artefato humano, conferem uma medida de permanência e durabilidade à futilidade da vida mortal e ao caráter efêmero do tempo humano. A ação, na medida em que se empenha em fundar e preservar corpos políticos cria a condição para a lembrança, ou seja, para a história. É a atividade mais ligada com a natalidade, pois possui a capacidade de iniciar algo novo, isto é, de agir.

É através da ação e do discurso que o ser humano se distingue, se revela diante dos outros, assim como os outros se revelam a ele. E, é através da ação que os homens encontram o convívio e a forma de relacionarem-se entre si, constituindo um espaço formado por atos e palavras, por Arendt denominado, “teia de relações humanas”. A vida humana necessita da ação e do discurso, pois é através destes que o ser humano se destaca entre iguais.

O ser humano isolado está privado da capacidade de agir, a ação e o discurso dependem da existência dos outros e de uma relação de convívio, da mesma forma

3 ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Trad. Roberto Raposo. 13. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 11.

que a “fabricação” necessita da natureza de onde tira a matéria-prima para produzir aquilo que será utilizado, consumido.

Na visão de Arendt o ser humano na era moderna perdeu essa capacidade de se identificar como um ser capaz de “fazer história”, voltando-se cada vez mais para si próprio. Valoriza-se, sobretudo a liberdade individual, interior, restrita ao simples “fazer o que se deseja”, sem qualquer preocupação com a construção de algo novo. A política fica restrita ao mero gerenciamento de uma sociedade que visa exclusivamente o consumo.

A autora trabalha a interação do homem com o mundo e com os outros seres humanos de forma a encontrar uma explicação ao fenômeno da alienação, presente no mundo moderno, que demonstra a questão do isolamento como algo com o qual a sociedade convive diariamente.

2. Sociedade líquida e pós modernidade

A Pós-Modernidade é um conceito que representa toda a estrutura sociocultural desde o fim dos anos 80 até os dias atuais (2021), caracterizada pela globalização e domínio do sistema capitalista.

A pós-modernidade marcou a ruptura com os ideais iluministas que eram defendidos durante a era moderna, como os sonhos utópicos da construção de uma sociedade perfeita com base em princípios tidos como verdadeiros e únicos.

Nesse sentido, imperioso descrever os ensinamentos do Filósofo Zygmunt Bauman, o qual se aprofundou com excelência no presente tema e, inclusive, utilizou a expressão “modernidade líquida” para se referir ao período da pós modernidade.

Para Bauman, as relações sociais na pós-modernidade são transitórias, ou seja, assim como se constroem facilmente, tendem a ser destruídas com a mesma facilidade. Os relacionamentos mantidos através das redes sociais na internet é um bom exemplo do princípio da fluidez das relações contemporâneas.

A instabilidade, fragmentação, descentralização e multipluralidade, que são algumas das características mais marcantes da sociedade pós-moderna, ajudam a entender a ideia do uso da palavra “líquida” para definir o estado da atual “modernidade”, de acordo com Bauman. Pois, assim como os líquidos não possuem uma forma e podem “deslizar” com mais facilidade de um lado para outro, por exemplo, dessa forma também podem ser descritos os comportamentos e valores humanos da sociedade globalizada.

Cabe frisar que segundo os princípios do Iluminismo, durante a Modernidade predominava a razão e a ciência como meios exclusivos de conquistar a verdade absoluta de todas as coisas. Vale ressaltar que naquela época era assimilada a ideia da existência de uma verdade derradeira e definitiva.

Contudo, na fase pós-moderna reside na descrença do modelo pregado por moralistas tradicionais. Neste momento, não aceita o fato de que seja possível converter valores morais em normas universais com tranquilidade e isenção.

Mais uma vez, Bauman definiu de forma objetiva a Pós-Modernidade ao dizer que: “A pós-modernidade é a modernidade sem ilusões”.

No atual momento (pós-modernidade) a Sociedade passa por diversos dilemas, sendo formada por indivíduos com pensamentos acelerados e indefinidos, que são valorizados pelo o que produzem e não pelo que são, uma sociedade composta de multiplicidade de culturas e que está em intenso processo de modificação, onde o novo é sempre substituído pelo mais novo.

Sem garantia e sem parâmetros, sem lastro de âncora éticas, desmotivados pelas definições do passado errôneo (que buscava a verdade absoluta), o homem pós-moderno vive a dor da diferença de ser tão sem limites que acaba por viver o nada.

Nada é proibido, tudo pode ser experimentado, tudo é válido, não importa o que seja. Nada é definitivamente certo e nem errado, pois tudo é relativo ou relativizado.

Assim, pode-se dizer que existem 5 pontos que definem a pós-modernidade.

Primeiramente, é a aceitação de assertos mutuamente contraditórios, mas proclamados com a mesma convicção. Isto é, as dimensões morais se encontram diluídas de modo tal que apelos contrários e/ou contraditórios sobre valores e formas, conseguem conviver numa mesma seção de revista ou jornal.

A Segunda marca da pós-modernidade é a existência dos fenômenos morais intrinsecamente “não racionais”. Ou seja, os atos morais não são regulares, repetitivos, monótonos ou previsíveis de forma que lhes permitisse ser representados como guiados por regras.

Em terceiro lugar, destaca-se que à moralidade é incuravelmente aporética, que nada mais é do que uma dificuldade, impasse, dúvida, incerteza ou momento de contradição que impedem que o sentido de uma atitude “moral” seja determinado. A maioria das escolhas morais são feitas entre impulsos contraditórios.

Em consequente, esclarece-se que a moralidade não é universal. Embora não se pregue o relativismo moral, ou seja, acreditar que a moralidade é um costume local e temporário, há de se reconhecer que ela não é universalizável. Pretende reforçar o “eu moral” e não propor regras éticas heterônomas, que sufoquem a autonomia moral.

Por fim, é possível afirmar que a moralidade pode causar escândalo, pois sob a ótica da ‘ordem racional’, a moralidade tende a permanecer ‘irracional’.

Assim, analisando tais marcas da Pós-modernidade é possível notar que enquanto a ciência avança e a cada instante surpreende, o território moral parece mergulhar e penumbra, senão em completa escuridão.

O aniquilamento da moral, o individualismo e egocentrismo, característicos da pós-modernidade, da sociedade líquida descrita por Bauman e da alienação humana descritas por Hanna Arendt são características marcantes da sociedade contemporânea.

3. A importância da cidadania e do interesse político para garantia dos direitos humanos

Direitos humanos são aqueles inerentes a todos os seres humanos, independentemente de raça, sexo, nacionalidade, etnia, idioma, religião ou qualquer

outra condição.

Os direitos humanos incluem o direito à vida, à liberdade, à liberdade de opinião e de expressão, o direito ao trabalho e à educação, entre e muitos outros.

O Direito Internacional dos Direitos Humanos estabelece as obrigações dos governos de agirem de determinadas maneiras ou de se absterem de certos atos, a fim de promover e proteger os direitos humanos e as liberdades de grupos ou indivíduos.

Apesar das conquistas no que se refere aos direitos humanos, vive-se em um mundo individualista, de muitas desigualdades e de miséria.

Para Zygmunt Bauman, a produção de (...) seres humanos refugados (os “excessivos” e “redundantes”, ou seja, os que não puderam ou não quiseram ser reconhecidos ou obter permissão para ficar) é um produto inevitável da modernização, e um acompanhante inseparável da modernidade. É um inescapável efeito colateral da construção da ordem e do progresso econômico.⁴

Para ele, uma das consequências da modernidade é o surgimento de milhões de pessoas deslocadas pelo mundo, como é o caso dos refugiados⁵, que atualmente segundo dados da ONU foram contabilizadas em 68,5 milhões em 2017⁶.

Hanna Arendt trata da questão da garantia dos direitos humanos no que diz respeito aos menos favorecidos, pois experimentou a condição de apátrida e refugiada, quando teve sua nacionalidade retirada pelo regime nazista, perdendo o lar e com ele a segurança de ter uma utilidade no mundo.

Assim, Arendt pensa sobre a natureza política dos direitos humanos e a possibilidade de sua efetivação por outras bases.

Para Hanna Arendt a cidadania é algo fundamental para a garantia dos direitos humanos. A ausência de cidadania é condição que inviabilizava o acesso dos grupos de apátridas e dos refugiados aos direitos básicos, eis que, ao perder a cidadania estes seres são facilmente descartados.

Pode-se dizer que esta minoria faz parte de um vácuo jurídico, pois, apesar de os direitos humanos serem garantidos a todos os seres apenas por apresentarem a condição de humanos, tem-se que o positivismo não os atende.

Veja-se. Se um apátrida praticar um crime, como o julgar? Como fazer para proteger os seus direitos? E se este for o sujeito que sofre o crime?

Assim, a fim de proteger esses direitos os governos devem agir para proteger e promover a liberdade e os direitos humanos dessas minorias.

4 BAUMAN, Zygmunt. *Vidas Desperdiçadas*. Editora Zahar. Rio de Janeiro, 2005, p. 8

5 De acordo com a Convenção de Genebra, refugiado é toda a pessoa que “temendo ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, se encontra fora do país de sua nacionalidade e que não pode, ou em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse país, ou que, se não tem nacionalidade e se encontra fora do país no qual tinha sua residência habitual, em consequência de tais acontecimentos não pode ou, devido ao referido temor, não quer voltar a ele”. Apátridas são pessoas desprovidas de cidadania, por isso carecem dos direitos humanos e do acesso aos serviços daqueles que têm cidadania. É possível ser apátrida e refugiado simultaneamente. Segundo dados da ONU entre os quase 70 milhões de indivíduos, 16,2 milhões foram deslocados pela primeira vez em 2017 ou já viviam em situação de deslocamento forçado e tiveram de se deslocar novamente. Isso equivale a 44,5 mil pessoas sendo deslocadas a cada dia, ou a uma pessoa se deslocando a cada dois segundos.

6 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. Acesso em 15.07.2019. DOI: <https://nacoesunidas.org/acnur-numero-de-pessoas-deslocadas-chega-a-685-milhoes-em2017>

Com efeito, o interesse para com questões políticas e sociais atuais é de grande importância para se evitar regimes políticos autoritários e/ou extremistas de forma maquiada, como o regime nazista que ocorreu na Alemanha, no século passado, e outros crimes contra a humanidade como o genocídio armênio.

Para Hanna Arendt, o isolamento dos indivíduos e a falta de interesse político de forma crítica, sobretudo no regime nazista, possibilitou o holocausto, passando uma imagem completamente distorcida da situação para os cidadãos.

A autora entende como isolamento “aquele impasse no qual os homens se vêem quando a esfera política de suas vidas, onde agem em conjunto na realização de um interesse em comum, é destruída”⁷

E, esse isolamento teria permitido aos regimes totalitários destruir também a esfera privada dos indivíduos, reduzindo a condição humana à pura substância, à vida supérflua.

O que ela propõe, portanto, é um conceito radical de cidadania, por meio do qual efetivamente ocorra a participação dos cidadãos na construção da dimensão política dos direitos humanos, propondo o pleno exercício da ação política como forma de assegurá-los.

Além disso, o direito baseado na relação de reciprocidade e no dever de hospitalidade universal, parece ser uma boa opção para a efetivação dos direitos humanos, seja no âmbito interno dos Estados, seja no cenário internacional.

4. Considerações Finais:

Este artigo partiu dos conceitos de vida activa e de sociedade líquida para pensar sobre a construção dos direitos humanos no mundo contemporâneo, sobretudo em relação às minorias, abordando formas de o cidadão participar na construção destes direitos, neutralizando os aspectos da sociedade contemporânea que levam à alienação humana.

Conclui-se que, a intensidade nas relações humanas foi substituída por efêmeros e transitórios sentimentos e que, o ser humano em busca da tão sonhada segurança passou a agir de forma individualista, deixando de lado os ideais coletivos.

Todas as relações dos homens com um mundo comum, ou seja, todas as relações dos homens entre si, foram se perdendo, dando espaço à preocupação com a felicidade de laborar e consumir tudo o que existe.

É através da ação e do discurso que podemos fazer a diferença na sociedade, na tentativa de ser a mudança que o mundo precisa, aumentando nosso interesse pela política e participando ativamente das questões sociais, objetivando uma integração jurídica assecuratória de direitos iminentes à dignidade da pessoa humana.

Assim, como solução à alienação humana trazida por Hanna Arendt e Zygmunt Bauman, devemos repensar no que estamos fazendo, no nosso papel como cidadão e como ser humano, dando mais solidez aos nossos atos, sendo mais participativos nas questões sociais e políticas, para que possamos assegurar para as próximas

7 ARENDT, Hannah. *Origens do Totalitarismo*. Trad. de Roberto Raposo. São Paulo: Cia. Das Letras, 1989. p.527.

gerações uma sociedade com bons princípios, tolerante e inclusiva, onde haja cooperação global e real efetividade dos direitos humanos.

Referências:

ARENDT, Hannah. A condição humana. Trad. Roberto Raposo. 13. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019.

ARENDT, Hannah. O que é política? 2. Ed. Rio de Janeiro: Bertrand, 1999.

ARENDT, Hannah. Origens do Totalitarismo. Trad. de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das letras, 1989.

BAUMAN, Zygmunt. Vidas Desperdiçadas. Editora Zahar. Rio de Janeiro, 2005.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. Acesso em 15.07.2019. DOI:

<https://nacoesunidas.org/acnur-numero-de-pessoas-deslocadas-chega-a-685-milhoes-em-2017/>

A tecnologia no ambiente laboral: Direito à desconexão do trabalhador

Technology in the work environment: Right to worker disconnection

Daniella Silva de Souza¹

Rafaella Silva de Souza²

Sumário: 1. Considerações iniciais; 2. Direito à desconexão do trabalhador; Considerações Finais.

Resumo: Em decorrência dos avanços tecnológicos, as relações de trabalho internas e internacionais vêm sofrendo modificações, à medida que passam a aderir como forma de exercício de atividades de labor àquelas exercidas à distância. Ainda que o labor seja desempenhado a distância das dependências do empregador, há como ser realizado o controle e submissão do empregado ao empregador. Salutar apontar as consequências negativas relativas a disposição ininterrupta do empregado ao empregador, o que inflige diretamente direitos constitucionais fundamentais.

Palavras-chave: Direito do trabalho; Direito a desconexão;

Abstract: As a result of technological advances, internal and international labor relations have undergone modifications, as they start to adhere as a way of exercising labor activities to those carried out at a distance. Even though the work is performed at a distance from the employer's premises, there is a way to control and submit the employee to the employer. Healthy to point out the negative consequences related to the employee's uninterrupted disposition to the employer, which directly inflicts fundamental constitutional rights.

Keywords: Labor law; Right to disconnect.

1 Pós graduada em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários. Presidente da Comissão do Contencioso Administrativo e Judicial Tributário e Combate ao Abuso aos Direitos do Contribuinte da OAB/PA. Advogada. E-mail: danielasouzaadv@outlook.com

2 Pós graduada em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Fundação Getúlio Vargas – FGV. Pós graduanda em Direito e Prática Previdenciária pelo Instituto Imader Ensino Jurídico. Membro da Comissão de Direitos Sociais da OAB/PA. Secretária geral e participante da Liga Acadêmica de Direito do Trabalho e Seguridade Social. Advogada. E-mail: rafaellasouzaadv@gmail.com

1. Considerações iniciais

O mundo laboral evoluiu em concomitância com a sociedade. Assim, diante das novas tecnologias e do advento da sociedade da informação, observou-se a necessidade de novas formas de contratação. Em conjunto com as mudanças ocorridas na sociedade, surgiu o trabalho desempenhado fora das dependências do empregador, de modo remoto, também chamado de teletrabalho.

Teletrabalho foi conceituado por Pinho Pedreira, como sendo a atividade do trabalhador desenvolvida total ou parcialmente em locais distantes da sede principal da empresa, de forma telemática. Total ou parcialmente, porque há trabalho exercido em parte na sede da empresa e em parte em locais dela distantes.³

Portanto, figura do direito a desconexão surgiu em meio ao contexto de novas tecnologias empregadas no exercício de funções laborais do teletrabalhador e é tida como reflexo das alterações no âmbito trabalhista, os quais permitem a incessante, senão ininterrupta, disponibilidade do trabalhador remoto em função de seu empregador. Logo, é possível haver a invasão do espaço pessoal do empregado, sendo possível ocasionar prejuízos e inconvenientes na vida privada do trabalhador remoto.

2. Direito a desconexão do trabalhador

O tempo em que o trabalhador fica a disposição do empregado, cumprindo o seu expediente de trabalho, corresponde a jornada de trabalho do funcionário. Este tempo representa o tempo em que o empregado abdica do convívio familiar, do lazer e de outras atividades e recebe, em troca, salário. Deste modo, os intervalos intra e interjornada e férias são momentos que representam desconexão do trabalhador, períodos estes que são relevantes para a saúde física e psíquica do empregado.

Neste diapasão, o uso de tecnologias de informação e comunicação no ambiente laboral, como celulares, tablets e notebooks, permitiram a imersão do empregado no trabalho, impedindo a desconexão, ainda o empregado esteja em período destinado ao descanso. Observa-se que esta conjuntura é agravada para os teletrabalhadores, já que a natureza da prestação do serviço permite uma confusão entre a atividade laboral e a vida privada do empregado.

Diante do que já foi exposto, considera-se como direito do trabalhador à distância de estar desconectado do polo patronal e da requisição de atividades trabalhistas durante o período destinado ao repouso daquele. Esta inquietação se deu a partir da possibilidade de interferência do empregador neste lapso temporal destinado ao descanso do trabalhador diante da criação de novas tecnologias de comunicação, especialmente dos teletrabalhadores.

A Constituição Federal elenca direitos fundamentais no Art. 5º, como por exemplo, o direito à intimidade e à vida privada, elencados no inciso X, bem como outros dispositivos garantem a proteção do trabalhador, previstos a partir do Art. 6º, dos quais merecem realce o direito à saúde e ao lazer.

3 PEDREIRA. Pinho. O TELETRABALHO. Revista LTr. São Paulo. V. 64. Nº 05. 2000, p. 584.

Com a aplicação dos direitos e garantias fundamentais, surgiu o instituto do Direito à Desconexão, conceito utilizado pelo jurista Jorge Luiz Souto Maior⁴. Neste sentido, o referido doutrinador conceitua o direito à desconexão como um direito ao não trabalho, cujo titular não é apenas o próprio trabalhador, mas toda a sociedade, na medida em que a existência de trabalho excessivo por parte de alguns pode representar o desemprego de outros. Deste modo, o Direito à desconexão não se refere a um direito de não trabalhar por completo, mas a um direito de trabalhar menos, em um período de tempo razoável que permita ao empregado dispor de seu tempo livre, de forma a preservar a sua saúde e sua vida privada.

Portanto, deve-se aplicar ao trabalhador o direito ao lazer, saúde, jornada laboral semanal delimitada, intervalo de descanso e repouso durante a jornada diária e entre uma jornada e outra de trabalho mínima, dentre outros direitos. Como mencionado, o empregado deve se desconectar do trabalho para serem efetivadas tais garantias. Destarte, este é o fundamento do direito à desconexão, em que se legitima na aplicação da própria Constituição Federal, sendo um direito que apesar de não constar expressamente no texto constitucional, é extraído dos direitos fundamentais e sociais, com amparo na defesa da dignidade da pessoa humana.

Diante do exposto, as novas tecnologias se apresentam como potencial amplificador das violações ao direito à desconexão, na proporção que permitem o acesso permanente do empregado ao trabalho, incluindo os horários destinados ao descanso. Pode-se dizer, portanto, que o uso de aparatos tecnológicos traz diversas possibilidades positivas ao empregado. Em contrapartida, mantém o empregado à disposição do empregador e de clientes, por vezes, de modo contínuo. Isto afeta diretamente o seu convívio social, o seu lazer, bem como a saúde física e mental.

A ideia da desconexão indica o equilíbrio entre o ofício, saúde do trabalhador e sua vida privada. Desta forma, o enfrentamento de tal desequilíbrio não seria o abandono das novas tecnologias, as quais facilitam e flexibilizam as relações de trabalho, mas sim a utilização destas em benefício da sociedade.

Nos casos em que houver a violação do direito à desconexão do trabalhador de forma reiterada, pode o trabalhador acionar o Poder Judiciário, solicitando indenização por danos morais e de tutela inibitória a fim de evitar que o empregador volte a tomar a postura que se pleiteia judicialmente a inibição, sob pena de multa diária e outras diversas sanções processuais. Isto porque o lazer é direito social garantido a todos os trabalhadores e possui dois aspectos, quais sejam o econômico e humano.

É reconhecida a imprescindível delimitação da duração do trabalho e o direito a usufruir do lazer a todos os trabalhadores. Em se tratando da eficácia positiva dos direitos fundamentais assegurados ao trabalhador, é concedido ao empregado a posição de postular judicialmente sempre que a conduta do empregador ameace ou ocasione efetivamente a lesão ao seu direito ao lazer.

Deve-se pontuar que, ainda que haja o pagamento de “quantum” indenizatório

4 SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Do direito à desconexão do trabalho. DO DIREITO À DESCONEXÃO DO TRABALHO. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15 Região, Campinas, n. 23, 2003. Disponível em: < https://www.jorgesoutomaior.com/uploads/5/3/9/1/53916439/do_direito_%C3%A0_desconex%C3%A3o_do_trabalho..pdf>. Acesso em: 30/01/2021.

por dano moral nas hipóteses supramencionadas, não se afasta o pagamento dos devidos consectários trabalhistas específicos, como por exemplo o pagamento de horas extras acrescido do correspondente adicional quando se tratar de efetivo controle de jornada de trabalho do trabalhador que esteja caracterizado que foram extrapolados os parâmetros legais.

Quando se trata de teletrabalhador que possua o controle de jornada on line é perfeitamente possível que o controle da jornada de trabalho ocorra por meios telemáticos em função da permanente conexão com a empresa, ou até mesmo mediante a utilização de programas de informática que permita o monitoramento de toques do empregado no teclado, contabilize as pausas e a efetiva duração das atividades laborais exercidas, sendo apresentado assim um panorama ao trabalhador de não escolha dos seus horários de labuta.

A constante mudança nas relações sociais e laborais influenciam na Justiça do Trabalho, isto porque passam a ser reconhecidos novos direitos, o que amplia a constitucionalidade nas relações trabalhistas, o qual sofre exponencial aumento em virtude da reunião de novas fontes e conjunto de leis, a fim de aferir a constitucionalidade aplicada aos casos concretos impetrados na Justiça do Trabalho, para assegurar a dignidade da pessoa humana. Em vista disso, a criação, interpretação e aplicação das normas devem ser acrescidas e majoradas a fim de garantir novos direitos fundamentais ao trabalhador, ocasionados pela dinâmica mudança social dos direitos já declarados e reconhecidos.

Considerações finais

O presente trabalho objetivou apresentar o direito à desconexão como um direito fundamental do trabalhador, já que decorre de diversos direitos fundamentais assegurados constitucionalmente, como por exemplo o direito à saúde, à limitação de jornada de labor e ao lazer. Todos estes direitos, insta mencionar, são regidos pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

Destarte, o teletrabalho, modalidade de execução do labor tipicamente da sociedade informacional, pode ser oportunidade para a ocorrência de violações a direitos fundamentais do empregado, permitindo à desconexão do empregado. Contudo, o teletrabalho é detentor de inúmeros atrativos e está cada vez mais presente.

Deve-se assegurar, portanto, o registro da jornada laboral do teletrabalhador para melhor delimitar o momento de labor e de vida pessoal do teletrabalhador. O não trabalho, atualmente, especialmente na figura do teletrabalho, é um fator de resgate da natureza humana e garantia de direitos fundamentais previstos constitucionalmente.

Referências Bibliográficas

ALMEIDA, Armando Elizondo. A TELEPRIVACIDADE: UMA ANÁLISE DA INTIMIDADE

DO TELETRABALHADOR. Genesis, revista de Direito do Trabalho, Paraná, n. 109, p. 45-56, 2002.

BARAÚNA, Augusto Cezar Ferreira de. MANUAL DE DIREITO DO TRABALHO. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.

BARROS, Alice Monteiro de. CURSO DE DIREITO DO TRABALHO. 6ª Ed. São Paulo: Editora LTr, 2010.

BRASIL. Constituição Federal. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 31/01/2021.

CAIRO JÚNIOR, José. CURSO DE DIREITO DO TRABALHO. 2ª Ed. Salvador: Podivm, 2008, pg.339.

CASSAR, Vólia Bomfim. DIREITO DO TRABALHO. 5ª Ed. Rio de Janeiro, 2011.

DELGADO, Maurício Godinho. CURSO DE DIREITO DO TRABALHO. 10ª Ed. São Paulo: Editora LTr, 2011.

FINCATO, Denise Pires. TELETRABALHO: UMA ANÁLISE LABORAL. JUSTIÇA DO TRABALHO. São Paulo. V.20. nº 236. P.49.

FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. AVALIANDO O DIREITO DO TRABALHO. São Paulo: LTr, 2010.

GIORDANI, Francisco; MARTINS, Melchíades; VIDOTTI, Tarcio. FUNDAMENTOS DO DIREITO DO TRABALHO. São Paulo: LTr, 2000.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL AO EMPREGO: Subordinação Jurídica e o novo artigo 6º da CLT. Revista Síntese Trabalhista e previdenciária, SP, v. 23, n. 273, 2012.

MARTINS. Sérgio Pinto. DIREITO DO TRABALHO. 13ª Ed. São Paulo: Atlas, 2001.

NASCIMENTO, Amauri; FERRARI, Irany; MARTINS FILHO, Ives. HISTÓRIA DO TRABALHO DO DIREITO DO TRABALHO E DA JUSTIÇA DO TRABALHO. 2ª Ed. São Paulo: Editora LTr, 2002.

MARTINEZ, Luciano. Curso de direito do trabalho. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

OLIVEIRA, Christiana D’Arc Damasceno. DIREITO À DESCONEXÃO DO TRABALHADOR – REPERCUSSÕES NO ATUAL CONTEXTO TRABALHISTA. Revista LTr. São Paulo, v. 74, n. 10, p. 7-16, 2010.

PEDREIRA. Pinho. O TELETRABALHO. Revista LTr. São Paulo. V.64. nº 05. 2000.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. DO DIRITO À DESCONEXÃO DO TRABALHO. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15 Região, Campinas, n. 23, 2003. Disponível em: <https://www.jorgesoutomaiorm.com/uploads/5/3/9/1/53916439/do_direito_%C3%A0_desconex%C3%A3o_do_trabalho..pdf>. Acesso em: 30/01/2021.

Direito fundamental à proteção de dados à luz da Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988

Fundamental right to data protection according to the Federal Constitution of the Federative Republic of Brazil 1988

Raphael Rodrigues Valença de Oliveira¹

Sumário: 1. Introdução; 2. Microssistema infralegal de tutela de dados no Brasil; 3. Do direito fundamental à proteção de dados pessoais à luz da Constituição Federal de 1988; 4. Considerações Finais.

Resumo: O dinamismo da atual sociedade da informação provocou profundas revoluções no modo de relacionamento do ser humano consigo mesmo, com os seus semelhantes e com o mundo que o circunda. O dado, a informação, enquanto elemento central dessa nova ordem (Ordem Informacional), ultrapassa a fronteira do acessório e passa a conchamar protagonismo inédito na linha evolutiva da humanidade. Por seu turno, sob a ótica epistemológica, as repercussões desse fenômeno são experienciadas exponencialmente nos mais diferentes ramos do saber científico, como na sociologia, economia, política e direito. Desse modo, o profissional do direito do presente (e do futuro) já é (e será ainda mais) desafiado a atuar em demandas informacionais, isto é, que dialogam com dados, independentemente de sua aceção no caso concreto – seja direito da personalidade, custo de transação, símbolo econômico, objeto de valor monetário, entre outras. Por essas razões, ainda que o direito à proteção de dados possua origem internacional, constata-se que cada ordenamento nacional apresenta um estágio de tutela particular e diferenciado. Nessa perspectiva, o presente trabalho visa identificar eventual assento constitucional do direito à proteção de dados na Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988 (CFRB/88). Outrossim, o presente estudo intenciona, preliminarmente, examinar a existência de um microssistema protetivo de dados no ordenamento jurídico brasileiro, seja no campo infraconstitucional como no plano constitucional. Em seguida, investigar-se-á se já há, atualmente, previsão constitucional de um direito fundamental à proteção de dados pessoais no Brasil. Ao final, busca-se revelar a densidade normativa dispensada atualmente ao direito à proteção de dados pessoais segundo a ordem brasileira. O recorte metodológico adotado reclamou abordagem doutrinária e legislativa.

Palavras-chave: Proteção de dados pessoais; direito fundamental; Constituição Brasileira de 1988.

Abstract: The dynamism of the current information society has provoked profound revolutions in the way in which human beings relate to themselves, their peers and the world around them. Data, information, as a central element of this new order (Informational Order), goes beyond the frontier of the accessory and starts to call for an unprecedented role in the evolutionary line of humanity. In turn, from an epistemological perspective, the repercussions of this phenomenon are experienced exponentially in the most different branches of scientific knowledge, such as sociology, economics, politics and law. In this way, the professional of the present (and the future) law is already (and will be even more) challenged to act in informational demands, that is, that dialogue with data, regardless of its meaning in the specific case - be it personality right, transaction cost, economic symbol, object of monetary value, among others. For these reasons, even though the right to data protection has an international origin, it appears that each national system has a particular and differentiated protection stage. In this perspective, the present work aims to identify any constitutional seat of the right to data protection in the Federal Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988 (CFRB / 88). Furthermore, the present study intends, preliminarily, to examine the existence of a protective microsystem of data in the Brazilian legal system, both in the infra-constitutional field and in the constitutional plan. Then, it will be investigated whether there is currently a constitutional provision for a fundamental right to the protection of personal data in Brazil. In the end, it seeks to reveal the normative density currently given to the right to protection of personal data according to the Brazilian order. The methodological approach adopted demanded a doctrinal and legislative approach

Keywords: Protection of personal data; fundamental right; 1988 Brazilian Constitution.

¹ Mestrando em Direito Constitucional no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (PPGD/UFRN). Advogado da União (AGU). Professor e pesquisador do Grupo de Estudos de Direito Público da Internet e das Inovações Tecnológicas (GEDI/UFRN). Pesquisador do Observatório de Direito Internacional do Rio Grande do Norte (OBDI/UFRN). E-mail: raphael.oliveira@agu.gov.br.

1. Introdução

Durante a tramitação legislativa do Projeto de Lei nº 4060, de 2012, convertido a posteriori na Lei Geral de Proteção de Dados, nº 13.709, de 2018², parcela considerável da discussão congressual restou concentrada em identificar se o Brasil já possuiria um microssistema normativo de proteção dos dados ou, de modo reverso, se o projeto em questão poderia ser classificado como diploma inaugural no sistema pátrio.

A controvérsia, como esperado, extrapolou os espaços institucionais do Poder Legislativo e invadiu outros ambientes de primazia jurídica, como os demais poderes constituídos, sociedade e academia.

Todavia, mesmo após quase uma década do princípio dos debates parlamentares, percebe-se que não há ainda um consenso, seja no legislativo, doutrina ou na jurisprudência, a respeito da existência de um microssistema normativo próprio, com princípios e regras específicas, que disponha sobre proteção de dados no Brasil.

Exemplo transparente do afirmado pode ser vislumbrado com a tramitação da Proposta de Emenda à Constituição nº 17/2019³, que altera a Constituição Federal para incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos e garantias fundamentais, demonstrando a forte resistência existente na atribuição do assento constitucional à tutela de dados nos moldes normativos hodiernos, reclamando, pois, atuação legislativa para positivar construção que, como será demonstrado, já goza de status constitucional e infraconstitucional minimamente estruturados.

2. Microssistema infralegal de tutela de dados no Brasil

De proêmio, cumpre destrinchar os conceitos trazidos pelo ordenamento nacional para fins de delimitação dos conteúdos da proteção de dados, do direito à informação e do direito à privacidade, porquanto possuem, sem embargo dos limiares de aproximação, naturezas distintas.

O diploma mais recente e específico sobre o assunto é a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), Lei nº 13.709, de 14.08.2018, que, ao longo dos seus 65 artigos, permite extrair que o direito à proteção de dados pessoais vai muito além do direito à informação ou do direito à privacidade.

Conjugando-se o quanto preconizado pelo art.1º, na passagem em que dispõe que o tratamento de dados pessoais terá por objetivo proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade, com a previsão do art. 2º, ao elencar o respeito à privacidade, a autodeterminação informativa e a liberdade de informação como fundamentos, percebe-se, pois, que a intenção do legislador foi clara em distinguir as facetas homogêneas do direito à proteção de dados, núcleo central, dos já consagrados direitos à privacidade, enquanto objetivo e fundamento, e à informação, também como, simultaneamente, fundamento e pressuposto da proteção dos dados.

Nessa senda, utilizando a linguagem adotada pela LGPD, o direito à proteção

2 BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=548066>. Acesso em 15.12.2020.

3 BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. Proposta de Emenda à Constituição nº 17/2019. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2210757>. Acesso em 15.12.2020.

dos dados pessoais pode ser compreendido como o poder jurídico atribuído ao titular (art. 5º, V), de determinar de forma autônoma e consciente (autodeterminação informativa – art. 2º, II), o destino e tratamento (art. 5º, X) que serão dispensados à informação relacionada a pessoa de perfil identificável ou identificada (art. 5º, I)⁴.

Depreende-se, pois, que a LGPD sustenta com ainda maior vigor a consolidação de um direito autônomo, que não se esgota somente com a liberdade de acessar/informar algo ou com potenciais reflexos dessa conduta às esferas da privacidade e intimidade do sujeito, partes integrantes da cadeia informacional sem sombra de dúvidas, contudo, que nelas não se limitam, vez que a tutela do dado compreende múltiplas facetas, a exemplo das diversas e exemplificativas operações elencadas no inciso X, art. 5º.

Proteger o dado representa, concorrentemente, tutelar a informação, o titular-contribuinte, o modo de coleta, a sistemática de transferência, o rito de utilização, as formas de reprodução, as finalidades do uso, a disponibilização, o processamento, o armazenamento e as demais etapas do fluxo informacional.

Significa, igualmente, intervir para resguardar não somente o conteúdo da informação, que já conclamaría a aplicabilidade costumeira de outros institutos tradicionais, inclusive constitucionais, mas sim, para assegurar e preservar todo o processo informacional, que se inicia desde o momento no qual a informação produzida pelo titular ou disponibilizada pelo tratador ingressa na cadeia informacional até o último efeito advindo dessa introdução.

O Marco Civil da Internet, Lei nº 12.965, de 23.04.2014⁵, também se apresenta como destacado diploma do microssistema de proteção de dados, ao passo que estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para uso da Internet no Brasil, ambiente internacional primordial de circulação de qualquer dado.

No referido diploma, a disciplina do uso da internet no país tem a proteção de dados pessoais como princípio independente novamente (art. 3º, III), apartado do princípio da proteção da privacidade (art. 3º, II) e do objetivo de acesso à informação (art. 4º, II).

Aludida norma legal foi bastante festejada por insculpir, já em 2014, precedente, pois, ao RGPD e à LGPD, padrões normativos que asseguravam expressamente direitos e garantias aos titulares e usuários (Capítulo II), assim como responsabilidades e sanções (Capítulo III).

4 BRASIL. LEI Nº 13.709, DE 14 DE AGOSTO DE 2018.

Art. 2º A disciplina da proteção de dados pessoais tem como fundamentos:

(...)

II - a autodeterminação informativa;

Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se:

I - dado pessoal: informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável;

(...)

V - titular: pessoa natural a quem se referem os dados pessoais que são objeto de tratamento;

(...)

X - tratamento: toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração;

5 BRASIL. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em 15.12.2020.

Por seu turno, a Lei de Acesso à Informação, Lei nº 12.527, de 18.11.2011⁶, corresponde a outro produto legislativo que compõe o sistema protetivo de dados nacional, merecendo especial relevo na sua missão, até então inovadora, de regulação do acesso às informações que se encontram sob o controle de instituições vinculadas ao poder público diretamente (art. 1º) ou mediante custeio (art. 2º).

Nesse pórtico, não se pode olvidar, ao final, de outros dois importantes instrumentos que primeiro abordaram, no plano infraconstitucional edificado pós-ordem constituinte de 1988, as diversas expressões dos direitos que solidificaram a personalidade das pessoas físicas e jurídicas, compilados no Código Civil de 2002⁷, assim como as múltiplas garantias ofertadas aos indivíduos envolvidos em relações de consumo, reunidas no Código de Defesa do Consumidor de 1990⁸.

As codificações apontadas carregam o mérito de prenunciar intervenções diretas, bem como, com maior efeito ainda, propagar funções diretivas de proteção das faculdades pessoais dos cidadãos à luz da então recente sistemática constitucional principiada com a Constituição Federal – CF/88, assegurando muito mais que os atributos da personalidade ou poderes dos consumidores, mas sim, fundamentais contornos às restrições de direitos na seara civilista lato sensu e consumerista.

3. Do direito fundamental à proteção de dados pessoais à luz da Constituição Federal de 1988

Após digressão sobre o microssistema normativo legal de proteção de dados, adentrar-se-á ao plano constitucional de tratamento conferido à matéria.

Ab initio, registra-se que a intenção do constituinte foi diferenciar a informação, como fenômeno que demanda regulação jurídica, da privacidade, espaço de tutela da vida privada do indivíduo, e ambas serão vitais para a extração do conteúdo fundamental do direito à proteção de dados.

A informação foi prestigiada por diversos dispositivos, mediante garantias, entre outras, da livre manifestação do pensamento, do direito de resposta, do sigilo da fonte, do acesso à informação, da inviolabilidade da intimidade e da vida privada, bem como do sigilo das comunicações de dados, telegráficas e telefônicas⁹. Assim, a Carta Constitucional reconheceu os efeitos da circulação e da não circulação da informação sobre os indivíduos e sociedade – fluxo informacional –, assim como compreendeu a relevância de resguardar esses efeitos por meio do estabelecimento de diversos direitos fundamentais.¹⁰

Por sua vez, o direito à privacidade, ainda que com menor presença positivada na redação constitucional, também restou contemplado como direito fundamental, responsável por salvaguardar a esfera pessoal dos sujeitos, considerando invioláveis: a

6 BRASIL. Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm. Acesso em 15.12.2020.

7 BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em 15.12.2020.

8 BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em 15.12.2020.

9 CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. Art. 5º.

10 Nesse sentido, cf. Laura Schertel Mendes e Danilo Doneda.

intimidade, a vida privada, a honra (valor moral) e a imagem (retrato/atributo) das pessoas.

Nessa sequência, o direito à privacidade se revela como valor jurídico que faculta ao titular a possibilidade de se isolar dos seus semelhantes (isolamento corpóreo e imaterial), assim como direito ao controle das informações veiculadas sobre si mesmo (base da autodeterminação informativa)¹¹.

É a partir dessa construção conceitual inicial que se extrai o primeiro fundamento do direito constitucional à proteção de dados: como dimensão da inviolabilidade da intimidade e vida privada.

Entretanto, outro importante fundamento reclama incidência na conformação e adequada estruturação desse direito fundamental: o paradigma da dignidade da pessoa humana, postulado-fundamento que assenta, nos dizeres da Constituição, o Estado Democrático de Direito, cômsona ao disciplinado no inciso III do art. 1º.¹²

Valor atemporal¹³ e transnacional, anterior à própria Constituição Federal de 1988¹⁴, a dignidade da pessoa humana é norma que orienta não somente a interpretação e criação dos direitos fundamentais escolhidos pelo constituinte, mas sim, em verdade, fundamento que alicerça toda a construção do direito internacional dos direitos humanos, proeminência que a reserva abordagem particular, podendo ser interpretada como paradigma mínimo de tratamento normativo dispensado ao contribuinte, independente da soberania fiscal incidente.

Importa ressaltar, contudo, nesse momento, que o próprio enquadramento do direito à proteção de dados pessoais como mandamento constitucional só encontra permissivo graças ao conteúdo normativo da dignidade da pessoa humana como fundamento, mormente por meio da utilização da sua eficácia interpretativa, quando se revelará como critério para valoração de situações e atribuição de pesos em casos que envolvam ponderação, como ocorreu com a tutela de dados e a ressignificação dos conceitos de vida privada e intimidade, diante dos fenômenos sociais abordados na introdução - digitalização da vida privada e virtualização da intimidade.

Esses três fundamentos integram a concepção material do direito fundamental à proteção de dados pessoais, baseado no art. 5º, X, da CF/88, enquanto a garantia instrumental para a proteção desse direito restou confiada à ação do habeas data,

11 Cf.: MENDES, Gilmar et al. Curso de direito constitucional; e MENDES, Laura Schertel. Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor – linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2014.

12 BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

III – a dignidade da pessoa humana;

13 Registros indicam que já na China Imperial, século IV a.C, confucionistas afirmavam que cada ser humano já nasce com uma dignidade que lhe é própria, atribuída por ato da divindade. Nesse sentido, cf.: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

14 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Anotação vinculada. ADPF 153.

Anotação Vinculada - art. 1º, inc. III da Constituição Federal - "(...) a dignidade da pessoa humana precede a Constituição de 1988 e esta não poderia ter sido contrariada, em seu art. 1º, III, anteriormente a sua vigência. ADPF 153, voto do rel. min. Eros Grau, j. 29-4-2010, P, DJE de 6-8-2010.

amparada no art. 5º, LXXII, da CF/88¹⁵.

Essa ação constitucional, com o fortalecimento do direito à proteção de dados, poderá ser manejada não somente nas hipóteses previstas na redação do inciso – acesso, retificação e complementação dos dados –, mas sim, sob outras formas processuais de proteção da privacidade, de modo a consubstanciar entendimento de sua aplicação que seja mais compatível com a importância da proteção de dados pessoais na atual sociedade da informação.¹⁶

Importa recordar que a fundamentalidade do direito à proteção de dados pessoais já foi reconhecida, de diferentes formas, pelas jurisdições constitucionais de outros países, não sendo vivência adstrita à realidade brasileira, consoante registros distantes da Alemanha¹⁷, Portugal¹⁸ e Espanha¹⁹.

4. Considerações finais

Considerando a densidade normativa atribuída ao direito à proteção de dados pessoais, é possível compreender que, a despeito da relevância e dos efeitos benéficos, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais brasileira (LGPD) não consubstancia norma inaugural no ordenamento jurídico brasileiro.

Outrossim, muito antes da edição da indigitada legislação protetiva de dados específica, ocorrida em 2018, o legislador ordinário brasileiro já havia se atentado para o tratamento normativo do instituto, consoante demonstrado a partir do reconhecimento de um microsistema nacional de proteção de dados, conformado sistematicamente pelo quanto consignado, especialmente, nos seguintes diplomas: Código de Defesa do Consumidor de 1990, Código Civil de 2002, Lei de Acesso à Informação, de 2011, Marco Civil da Internet, de 2014, e, mais recentemente, LGPD, de 2018.

Dessarte, qualquer regulação, restrição ou violação do direito à proteção de dados no Brasil deverá obedecer às balizas impostas, também, por assinaladas manifestações legislativas.

Igualmente, eufônico ao demonstrado em capítulo próprio, extrai-se que, de

15 BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LXXII - conceder-se-á habeas data:

a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;

b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo;

16 Sobre a construção teórica de adequação da ação do habeas data para melhor atendimento da tutela da personalidade contra o tratamento indevido de dados, cf.: MENDES, Laura Schertel. Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor – linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2014.

17 Tecnicamente, o processo de elevação do direito à proteção de dados como mandamento constitucional tem seus primeiros registros associados à Alemanha, ano de 1983, quando do clássico julgamento da Lei do Censo - BVerGE 65, 1, “Volkszählung”.

18 A Constituição Portuguesa regulamenta expressamente, em seu art. 35, concernente à “Utilização da Informática”, as condições de processamento e utilização de dados pessoais. Disponível em <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>.

19 A Constituição Espanhola preconiza, em seu art. 18, o direito à honra, à intimidade pessoal, assim como limitação do uso da informática para o pleno exercício dos seus direitos. Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/normativa/Normativa/CEportugu%C3%A9s.pdf>

modo antecedente ao verificado no plano legal, o próprio legislador constituinte já havia previsto assento fundamental ao direito à proteção de dados, como (i) dimensão da inviolabilidade da intimidade e vida privada – deveras ressignificadas pelo advento da Sociedade da Informação; (ii) expressão do conteúdo da dignidade da pessoa humana; e, segundo a aceção instrumental, (iii) enquanto garantia para a proteção desse direito, mediante ação do habeas data, amparada no art. 5º, LXXII.

Por fim, afigura-se axiomático pontuar que o fato de já existir autorização constitucional para o tratamento do direito fundamental à proteção de dados não afasta, por si, diante sobretudo da tradição jurídico-positivista brasileira, a necessidade e importância da introdução do mesmo no rol do art. 5º (locus almejado pela PEC nº 17/2019), porquanto, considerando sua natureza jurídica específica e sua ampla significância para os fenômenos sociais e econômicos ínsitos à Era Digital, a expressa previsão constitucional poderá aprofundar a consolidação desse direito, passível de promoção, em tese, de maior segurança jurídica não somente aos titulares, coletadores, armazenadores e tratadores dos dados, como à coletividade no geral.

Referências Bibliográficas

BARROSO, Luis Roberto. A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação. Disponível em: luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf.

BODIN, Jean. Os seis livros da República. São Paulo: Ícone, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CASTELLS, Manuel. A sociedade em rede (A era da informação, economia, sociedade e cultura). São Paulo: Paz e Terra, 1999. v. 1.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. Teoria geral do tributo, da interpretação e da exoneração tributária. São Paulo: Dialética, 2003.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

DANTAS, Ivo. Teoria do Estado contemporâneo. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

DONEDA, Danilo. A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental. Espaço Jurídico Journal of Law (EJL), dez., 2011.

HARARI, Yuval Noah. Sapiens: Uma breve História da humanidade. Londres: Harvill Secker, 2014.

HARARI, Yuval Noah. 21 Lições para o século 21. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

- HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Martin Claret. 2008.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- KELSEN, Hans. *O Problema da Justiça*. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- KELSEN, Hans. *Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public*. Collected Courses of The Hague Academy of International Law, Haia, p.227-331, abr. 1926. <http://dx.doi.org/10.1163/ej.9789028605121.227-331>.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 9 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- MENDES, Laura Schertel. *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor – linhas gerais de um novo direito fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MIGUEL, Alexandre. *A Constituição brasileira e os tratados internacionais de direitos humanos*. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, ano 14, nº 55, abr/jun de 2006. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Penguin Companhia, 2011.
- SCHWAB, Klaus. *A Quarta Revolução Industrial*. Trad. Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2019.
- TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2020.
- VILANI, Maria Cristina Seixas. *Origens medievais da democracia moderna*. Belo Horizonte: inédita, 2000.
- WEBBER, Carolyn; WILDAVSKY, Aaron. *A History of Taxation and Expenditure in the Western World*. Simon and Schuster, 1st edition, January 1, 1986
- ZUBOFF, Shoshana. *The Age of Surveillance Capitalism: The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power*. Unites States of America: Public Affairs, Hachette Book Group, 2019.

A teoria do etiquetamento social e a exclusão social

Labelling Approach and Social Exclusion

Angelita Woltman¹

Franciéle Feliciani Taschetto²

Sumário: 1. A Teoria do Etiquetamento Social; 2. A Exclusão Social; Considerações Finais.

Resumo: O presente trabalho visa apresentar reflexões iniciais sobre a relação entre a teoria do etiquetamento e a exclusão social. A teoria do etiquetamento, uma nova visão na criminologia, surgiu em meados de 1960, conduz a uma ideia estereotipada impregnada socialmente perante os marginalizados. O desvio e quem define o que é desvio é crucial para o entendimento de qual é o perfil desviante e quem por consequência está sendo deixado à margem da sociedade, atualmente sendo definidos em sua maioria por homens brancos de classe média alta, colocando em contrabalanço os homens negros de classe baixa como um certo “alvo” para a criminalidade. Identificou-se ainda, os fatores que corroboram para a inserção dos indivíduos no mundo do crime, a inércia do Estado como garantidor das necessidades básicas e as consequências quanto ao não combate dessa espécie de costume social. Realizado através de uma metodologia bibliográfica principalmente com embasamento na doutrina. A partir da análise doutrinária parte-se que a teoria do etiquetamento apesar de possuir uma estrutura sólida e de uma base não tendenciosa, diante da sociedade e das pessoas de poder se tornou uma ferramenta utilizada para a criminalização de certos grupos sociais, causando a exclusão social destes, o que é possível ver através do perfil do sistema carcerário brasileiro, que é uma forma de exclusão social, já que até o retorno a uma vida digna após a pena cumprida é algo de extrema deficiência no país.

Palavras-chave: Teoria do Etiquetamento; Seletividade do sistema penal; Exclusão Social.

Abstract: This paper aims to present recent reflections on the correlation between Labelling Approach and social exclusion. Labeling Approach, a new view in criminology, emerged in the mid-1960s, leads to a stereotyped idea impregnated socially before the marginalized. Deviation and who defines deviation is crucial for understanding what the deviant profile is and who is consequently being left on the margins of society, currently being mostly defined by white upper middle class men, putting the lower-class black men as a certain “target” for crime. It was also identified, the factors that corroborate the insertion of individuals in the world of crime, the inertia of the State as guarantor of basic needs and the consequences regarding the non-combat of this kind of social custom. Performed through a bibliographic methodology mainly based on doctrine. From the doctrinal analysis it is part that the Labelling Approach despite having a solid structure and a non-biased base, in the face of society and people of power has become a tool used for the criminalization of certain social groups, causing their exclusion social, which is possible to see through the profile of the Brazilian prison system, which is a form of social exclusion, since even the return to a dignified life after the sentence served is something of extreme deficiency in the country.

Keywords: Labelling Approach; Selectivity of the penal system; Social Exclusion.

1 Doutora em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS) na linha de pesquisa “Sociedade, Novos Direitos e Transnacionalização”. Mestre em Integração Latino-Americana pelo Mestrado em Integração Latino-Americana (MILA) da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM) na linha de pesquisa “Direito da Integração”. Especialista em Direito Constitucional aplicado pela Universidade Franciscana (UFN). Especialista em Bioética pela Universidade Federal de Lavras (UFLA). Professora das disciplinas de ensino presencial da graduação (Direito Constitucional, Direito Administrativo e Extensão em Direito) do Curso de Direito da Universidade Franciscana (UFN) e à distância de cursos de extensão e capacitação profissional da UFN Digital. É pesquisadora vinculada junto ao GPDA-UFSM (Grupo de Pesquisa em Direito dos Animais da Universidade Federal de Santa Maria), Clínica de Mecanismos de Soluções de Conflitos e Clínica de Direito dos Animais (YINUAKA-UEA) da Universidade do Estado do Amazonas (UEA), bem como coorientadora de pesquisa do GEDECO-UFN (Grupo de Estudos em Direito dos Desastres e Covid-19 da Universidade Franciscana). É coordenadora do projeto de extensão vinculado à disciplina de Extensão em Direito II do Curso de Direito da Universidade Franciscana (UFN) denominado @CORONAJur_UFN: um canal virtual informativo para gestão de conflitos jurídicos surgidos em meio à pandemia causada pela COVID-19. Advogada associada à OAB/RS; E-mail: awoltmann@gmail.com

2 Graduanda no Curso de Direito da Universidade Franciscana (UFN). Pesquisadora vinculada junto ao GPDA-UFSM (Grupo de Pesquisa em Direito dos Animais da Universidade Federal de Santa Maria). E-mail: frantaschetto@hotmail.com

1. A Teoria do Etiquetamento Social

A teoria do etiquetamento, também chamada de labeling approach, surgiu em Chicago nos Estados Unidos em meados dos anos de 1960. O início do paradigma da reação social surge como uma alternativa crítica e de inovação no estudo da criminologia, eis que inova ao apresentar um olhar para o social e a realidade do sujeito delinquente e os estigmas por ele carregado, diferentemente das teorias anteriores apresentadas, sendo que esta pretende demonstrar como os rótulos e estereótipos de uma sociedade influenciam as decisões dos órgãos do judiciário em relação aos crimes cometidos. Insere-se aqui o elemento do poder, que antes era negligenciado na criminologia.

Para a criminóloga Vera Regina Pereira de Andrade, a tese base do labelling approach é que:

O desvio e a criminalidade não são uma quantidade intrínseca da conduta ou uma entidade ontológica pré-constituída à reação social e penal, mais uma qualidade (etiqueta) atribuída a determinados sujeito através de complexos processos de interação social, isto é, de processos formais e informais de definição e seleção³.

Foi neste sentido que Becker definiu que:

Os grupos sociais criam o desvio ao fazer regras a certas pessoas em particular e qualifica-las de marginais. Desde esse ponto de vista, o desvio não é uma quantidade do ato cometido pela pessoa, senão uma consequência da aplicação que os outros fazem das regras e sanções para um 'ofensor'. O desviante é uma pessoa a quem se pode aplicar com êxito dita qualificação (etiqueta); a conduta desviante é a conduta assim chamada pela gente⁴.

Nas experiências submetidas, dos estigmas suportados como fatores contributivos para a inserções ao mundo do crime de forma reiterada, desta forma as instâncias de controle social e estatal é:

Seletivo e discriminatório, primando o status sobre o merecimento. O princípio geral é bastante simples. Quando os outros decidem que determinada pessoa é non grata, perigosa, não confiável, moralmente repugnante, eles tomarão contra tal pessoa atitudes normalmente desagradáveis, que não seriam adotadas como qualquer um. São atitudes a demonstrar a rejeição e a humilhação nos contatos interpessoais e que trazem a pessoa estigmatizada para um controle que restringirá sua liberdade. É ainda estigmatizador, porque acaba por desencadear a chamada desviação secundária e as carreiras criminais⁵.

Pode-se compreender o desvio primário como a primeira violação à norma ou ação delitiva do sujeito, cuja causa em regra envolve alguma finalidade ou necessidade pessoal. Já o desvio secundário refere-se a uma classe especial de atitudes tomadas pelas pessoas em resposta aos problemas criados pela reação da sociedade ao seu desvio.

O desvio ou criminalização primária

produz a etiqueta ou rótulo, que por sua vez produz a criminalização secundária (reincidência). A etiqueta ou rótulo (materializados em atestado de antecedentes, folha corrida criminal, divulgação de jornais sensacionalistas etc) acaba por impregnar o indivíduo, causando a expectativa social de que a conduta venha a ser praticada, perpetuando o comportamento delinquente e aproximando os indivíduos rotulados

3 ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Título Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização. Porto Alegre: Do advogado, 2003, p. 41.

4 BECKER, Howard S. Outsiders: estudos de sociologia do desvio. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 19.

5 SHECAIRA, Sérgio Salomão. Criminologia; 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014, p. 257.

uns dos outros⁶.

Ademais, o estigma recebe valoração social negativa e depreciativa e que define a identidade do indivíduo no meio social. De acordo com o conceito apresentado por Lemert

A estigmatização descreve um processo que vincula sinais visíveis de inferioridade moral a pessoas, tais como rótulos, marcas e informações divulgadas publicamente. No entanto, define mais do que a ação formal de uma comunidade em relação a um membro com comportamento inadequado ou fisicamente diferente. Rituais de degradação, como surrar o covarde do regimento, administrar o juramento do mendigo, diagnosticar a doença contagiosa e considerar o acusado culpado podem dramatizar os fatos do desvio, mas seu “sucesso” é medido menos pela sua maneira de promulgar do que pelas suas consequências.⁷

A sociedade institui os meios de categorizar as pessoas e os atributos considerados comuns e naturais para certos grupos da sociedade. Assim, a primeira atitude que se toma frente ao estranho e desconhecido é catalogá-lo em uma das categorias que se conhece, de acordo com a sua “identidade” ou “status social”.

No Brasil, são as classes superiores que elegem representantes para o congresso nacional, portanto, são responsáveis pelo critério de seletividade. São as elites que etiquetam o criminoso. Assim,

As normas jurídicas e os ordenamentos jurídicos, como todos os atos normativos editados pelo poder de um dado Estado, traduzem de forma explícita, seja em seu conteúdo, seja pelas práticas que o sustentam, as características, interesses, e ideologia dos grupos que legislam.⁸

Logo,

a concepção de crime como produto de normas (criação do crime) e de poder (aplicação de normas) define a lei e o processo de criminalização como “causas” do crime, rompendo o esquema teórico do positivismo e dirigindo o foco para a relação entre estigmatização criminal e formação de carreiras criminosas: a criminalização inicial produz estigmatização que, por sua vez, produz criminalizações posteriores (reincidências)⁹.

2. A Exclusão Social

A referida exclusão social é histórica no Brasil, já que a elite intelectual brasileira principalmente de origem europeia que vivia e ainda vive no Brasil, é marcada por uma singularidade social pós-escravocrata, conforme comenta Hugo Leonardo em sua obra *Criminologia no Brasil*:

A produção intelectual de Candido Motta demonstra que o preconceito racial tem vida própria na história do Brasil e na nova criminologia. A denominada questão racial tem um papel fundamental para as justificativas sociais e econômicas de interesse da elite nacional do início do século XX. O tratamento desigual que a escola criminológica positivista propunha, ganhou eco no Brasil e na intelectualidade então em formação, na medida em que serviria para fundamentar uma situação absolutamente peculiar

6 PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. Manual esquemático de criminologia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 74.

7 LEMERT, Edwin M. Human deviance, social problems, and social control. Londres: Prentice-Hall International, 1967, p. 42. (tradução livre).

8 AGUIAR, Roberto A. R. O que é Justiça: uma Abordagem dialética. 5 ed. São Paulo: Alfa-ômega, 1999, p. 115.

9 SANTOS, Juarez Cirino dos. A criminologia radical. 3 ed. Curitiba: IPCP: Lumen Juris, 2008, p. 20.

acarretada com o fim da escravidão¹⁰.

Os estudos da criminologia pelo enfoque do Labeling Approach melhor é interpretado quando se entende o que é o desvio e quem define o que é desvio. É desta forma, que Becker desencadeia sua obra, desenvolvendo o entendimento de que a conduta criminosa só resiste na sociedade que assim a determina como tal, pois

A desviação não é uma qualidade do ato que a pessoa comete, mas uma consequência da aplicação pelos outros das regras e sanções para o ofensor. O desviante é alguém a quem o rótulo social de criminoso foi aplicado com sucesso; as condutas desviantes são aquelas que comete um ato determinado. As definições de atos desviantes são relativas e, pois, variáveis. O comportamento que permite mandar alguém à prisão é o mesmo que autoriza a qualificar outro como honesto, já que a atribuição valorativa do ato depende das circunstâncias em que ele se realiza e do temperamento e apreciação da audiência que o testemunhou¹¹.

Ocorreu a estereotipação de indivíduos que possuam diversas diferenças levou as instituições de controle do Estado a interpretar um grupo, bairro ou estrato social mais propenso aos atos criminosos ou delinquentes que os outros.

No relatório oficial do IX Congresso Internacional da Defesa Social ocorrido em Caracas¹², aparece a conclusão de que, na América Latina, apenas as pessoas das classes de baixa renda sofrem a ação do Direito Penal, por meio do aparato policial-judiciário, enchendo as prisões e produzindo o estereótipo de criminoso, recebendo essa etiqueta.

Isso é refletido no próprio sistema carcerário brasileiro, segundo dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen de 2017, cerca de 63% da população carcerária no Brasil é negra, sendo em sua grande maioria homens jovens de baixo nível escolar e baixa renda. Desde a colonização do Brasil, é visível esse perfil na população marginalizada, excluída e presa.

Para Shecaira

Praticado o ato inicial, uma nova relação advirá da reação social. A mais importante consequência é uma drástica mudança na identidade pessoal que o indivíduo tem diante da sociedade. Surge um novo status que revelará o agente desviado como alguém que supostamente deveria ser. Para ser rotulado como criminoso basta que cometa uma única ofensa criminal e isto passará a ser tudo que se tem de referência estigmatizante dessa pessoa. Imagine-se, por exemplo, um crime de furto praticado em uma residência. (...) as rotinas diárias farão como que ele busque a aproximação com os iguais, o que gera o início de uma carreira criminal. (...) mas a sociedade destaca alguns detalhes do comportamento de tal pessoa e declara que eles refletem o tipo de pessoa que realmente é.¹³

Ademais, não há, nos estabelecimentos penais, devido à precariedade do sistema, condições mínimas que assegurem ao condenado direito à assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social, ou, ainda, condições que garantam o cumprimento do dever de trabalhar do condenado. Assim, ressalta Ramalho

para a polícia, a pessoa que passou pela prisão pertence ao crime definitivamente. Segundo os presos, a perseguição policial aos ex-presos é comum e é considerada

10 SÁ, Alvaro Augusto de; SHEICARIA, Sergio Salomão; TANGERINO, Davi de Paiva Costa. Criminologia no Brasil. Rio de Janeiro: Elsevier. 2011, p. 96.

11 SHECAIRA, Sérgio Salomão. Criminologia; 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014, p. 258.

12 FRAGOSO, Heleno. Direito Penal e Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

13 SHECAIRA, Sérgio Salomão. Criminologia; 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014, p. 260.

como um dos principais motivos para o aumento da reincidência.¹⁴

Essa definição, esse rotulo perpetua na sociedade, fazendo com que o próprio desviado veja-se como os outros o veem, conforme traz Shecaira

Como os outros definem o autor e como o autor se define. De maneira bastante cruel, pode ser dito que, à medida que o mergulho no papel desviado cresce, há uma tendência para que o autor do delito defina-se como os outros o definem¹⁵.

Considerações Finais

Apesar de buscar uma nova criminologia a Teoria do Etiquetamento acabou produzindo a estereotipação de indivíduos, o desvio e quem o define são de importante caracterização para quem será o perfil do sistema carcerário. Conclui-se pela teoria que o criminoso nada mais é do que o indesejado selecionado e etiquetado pelos dominantes do sistema. No momento em que o legislativo e judiciário encontram-se em sua maioria na mão de homens brancos de classe média alta, o perfil atingido claramente não será este, e sim, um oposto, através dos índices de pessoas presas pode-se traçar qual perfil encontra-se atingido pelo sistema. O sistema penal é constituído principalmente de pobres porque tem maiores chances de serem criminalizados e rotulados como criminosos, e não porque tenham uma maior tendência para delinquir.

A segregação, o preconceito e a discriminação dos marcados pelos sinais da pena, ou mesmo do processo penal, dificulta e por vezes impede qualquer espécie de aceitação e reinserção desses indivíduos no meio social, o que, por conseguinte, faz com que eles reduzam o seu nível de identidade real e incorporem de forma definitiva a identidade negativa socialmente atribuída. Não bastasse esse perfil no sistema carcerário após o cumprimento da pena, a ressocialização é deveras difícil, acabando com que essas pessoas fiquem à margem da sociedade, sem conseguir oportunidades para se reestabelecer nessa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR, Roberto A. R. O que é Justiça: uma Abordagem dialética. 5 ed. São Paulo: Alfa-ômega, 1999.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Título Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização. Porto Alegre: Do advogado, 2003.

BECKER, Howard S. Outsiders: estudos de sociologia do desvio. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

FRAGOSO, Heleno. Direito Penal e Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

14 RAMALHO, José Ricardo. Mundo do Crime: a Ordem Pelo Avesso. Rio de Janeiro: Graal, 1979, p. 119.

15 SHECAIRA, Sérgio Salomão. Criminologia; 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014, p. 261.

LEMERT, Edwin M. Human deviance, social problems, and social control. Londres: Prentice-Hall International, 1967.

NACIONAL, Ministério da Justiça e Segurança Pública Departamento Penitenciário. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Atualização - Junho de 2017. 2017. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf>. Acesso em: 03 jan. 2021.

PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. Manual esquemático de criminologia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

RAMALHO, José Ricardo. Mundo do Crime: a Ordem Pelo Averso. Rio de Janeiro: Graal, 1979.

SÁ, Alvinio Augusto de; SHEICARIA, Sergio Salomão; TANGERINO, Davi de Paiva Costa. Criminologia no Brasil. Rio de Janeiro: Elsevier. 2011.

SANTOS, Juarez Cirino dos. A criminologia radical. 3 ed. Curitiba: ICPC: Lumen Juris, 2008.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. Criminologia; 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014

A ratificação da segurança jurídica das provas armazenadas em blockchain

The ratification of legal security of evidence stored in blockchain

Guilherme Prado Bohac de Haro ¹

Sumário: 1. Introdução; 2. Inadequação dos Meios de Prova Tradicionais em Ambientes Virtuais; 3. Protagonismo da Prova Digital aliada a necessidade de preservação; 4. Blockchain; 4.1 Blockchain como Instrumento de Prova no Direito; 4.2 Breve Comparação do Uso do Blockchain com a Ata Notarial; 5. Conclusão.

Resumo: O presente artigo científico analisa criteriosamente e demonstra a forte segurança jurídica que a utilização de provas digitalizadas pelo sistema de blockchain podem oferecer no contexto processual probatório. Inicialmente analisa a relevância do tema aqui apresentado e seu contexto, bem como, dispõe sobre a virtualização das relações pessoais e cotidianas, o surgimento e crescimento exponencial da tecnologia e uma eventual Quarta Revolução industrial, que trouxe consigo o aumento exacerbado do número de transações online, ainda mais em tempos de pandemia (Covid_19), que forçou as pessoas a aderirem a meios virtuais de realização de operações diárias comuns, mesmo aquelas que eram mais resistentes ao uso diário da tecnologia. Em seguida, aborda a relativa eficácia dos meios de provas tradicionais, utilizados atualmente, destacando suas peculiaridades e seus déficits, especialmente quando produzidos em ambiente virtual. Finalmente, apresenta brevemente no que consiste o sistema de armazenamento blockchain e traz à baila uma comparação dentro do contexto probatório, do método de prova utilizado tradicional, utilizado usualmente, com qualquer documento, imagem ou operação armazenada pelo sistema do blockchain, destacando a facilidade, a segurança e o fácil e disponível acesso deste sistema digital, bem como, os fundamentos jurídicos que embasam a utilização. A metodologia utilizada compreende, basicamente, pesquisa bibliográfica interpretada à luz do método dedutivo.

Palavras-chave: Quarta Revolução industrial; Blockchain; Provas; Tecnologia; Sistema Probatório.

Abstract: This scientific article carefully analyzes and demonstrates the strong legal certainty that the use of digitalized evidence by the blockchain system can offer in the evidential procedural context. Initially, it analyzes the relevance of the theme presented here and its context, as well as provides for the virtualization of personal and everyday relationships, the emergence and exponential growth of technology and an eventual Fourth Industrial Revolution, which brought with it the exacerbated increase in the number of online transactions, especially in times of pandemic (Covid_19), which forced people to adhere to virtual means of carrying out common daily operations, even those that were more resistant to the daily use of technology. Then, it addresses the relative effectiveness of the traditional means of evidence, currently used, highlighting their peculiarities and deficits, especially when produced in a virtual environment. Finally, it briefly presents what constitutes the blockchain storage system and brings up a comparison within the probative context, of the traditional method of proof used, usually used, with any document, image or operation stored by the blockchain system, highlighting the ease, the security and easy and available access of this digital system, as well as the legal foundations that support its use. The methodology used basically comprises bibliographic research interpreted in the light of the deductive method..

Keywords: Fourth industrial revolution; Blockchain; Evidences; Technology; Evidence System.

¹ Advogado no escritório de própria titularidade, qual seja, Bohac Advogados Associados em Presidente Prudente/SP e professor. Atualmente é Professor de Direito Econômico e Empresarial do Centro Universitário Toledo de Presidente Prudente/SP, Brasil. Graduado na Faculdade de Direito das Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente/SP, Brasil. Pós-graduado em Direito Civil e Processo Civil, pela mesma Instituição. Pós-graduado em Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Direito Previdenciário, também por esta Instituição. Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina/PR, Brasil. Aluno regular do programa de Doutorado em Direito da Universidade de Marília/SP, Brasil. E-mail: guilherme.pbh@hotmail.com.

1. Introdução

O presente artigo exterioriza a dinâmica, eficácia e garantia que a utilização de provas armazenadas pelo sistema blockchain, trazem para o processo jurídico brasileiro. A importância do referido tema traduz-se na necessidade de atualização do contorno probatório, quando submetido ao Judiciário, representado pela segurança jurídica que o armazenamento blockchain oferece.

Ao longo da existência do homem, este transformou seu modo de viver e tornou possível a concretização de ideias consideradas infactíveis, especialmente em razão do desenvolvimento da tecnologia. Atualmente, este termo é empregado em referência a métodos de diversas complexidades, que vão desde simples ferramentas de pedra até a engenharia genética e a tecnologia da informação que promovem avanços e mudanças no ambiente (BUCHANAN, 2019).

Assim, verifica-se que a tecnologia é compassadamente avançada, a expressa virtualização das relações, o aumento exponencial do número de transações online, o crescente uso das redes sociais, ratificam o avanço tecnológico do século XXI, no qual os indivíduos tendem a relacionar-se mais por intermédio de aparelhos eletrônicos do que pessoalmente.

Aliás, o ano de 2020, com a descoberta e alastramento da pandemia do Covid_19, acelerou o processo de imersão das pessoas, nas redes digitais, com o uso de aplicativos e tecnologias móveis, até mesmo por aqueles indivíduos mais resistentes a tal modernização, ante a imperativa necessidade de se relacionar, comprar, vender e operar as mais simples e cotidianas tarefas.

Em outras palavras, a evolução da tecnologia se dá com a utilização da ciência como ferramenta de transformação de recursos disponíveis para atingir determinado escopo. Hoje, a virtualização do contorno fático e das relações é algo natural, consequentemente, inspira a modernização dos demais setores cotidianos que não podem tornar-se obsoletos.

Neste contexto, o sistema probatório do judiciário, cada vez mais, dispensa ou relativiza a eficácia dos meios de prova tradicionais para alavancar (mesmo que não intencionalmente) o protagonismo das provas digitais, em especial, aquelas armazenadas pelo sistema blockchain. A premissa destacada diz respeito a capacidade de preservação das provas armazenadas pelo blockchain, bem como, da dificuldade de corrompimento ou manipulação desse meio de prova.

O método de abordagem utilizado neste artigo foi o dedutivo, pautado na pesquisa bibliográfica nacional e estrangeira, para que, com base na reflexão e análise desses subsídios, fosse verificada a questão da facilidade e benefícios da utilização do blockchain nos processos e fases de produção de provas.

2. Inadequação dos Meios de Prova Tradicionais em Ambientes Virtuais

Atualmente, no cenário do sistema probatório brasileiro, tem-se por conceito de prova, o instrumento jurídico que demonstra a ocorrência e veracidade ou não de determinado fato, e em caso positivo, delimita suas características, respondendo não

só a dúvida se o fato ocorreu ou não, mas como ocorreu e quais sujeitos estão a ele interligados (de forma direta ou indireta).

No sentido do esposado, por provas tradicionais, os autores Rennan Thamay e Mauricio Tamer² compreendem que são todas as espécies de provas admitidas dentro de um processo, a longo lapso temporal, como a prova documental (instrumentos públicos e privados) e a pericial.

A respeito da prova documental, entende-se por qualquer representação material que sirva para reconstituir e preservar, através do tempo, a reprodução de um pensamento, de uma ordem, de imagem, de uma situação, ideia ou declaração de vontade. Neste ínterim, a prova pericial compreende a tradução técnica especializada de um contexto, situação ou fato.

A despeito de outros meios de prova tradicionais, é possível citar o depoimento pessoal e a prova testemunhal. O primeiro permite a coleta de circunstâncias do caso direto da fonte, a partir da oitiva das partes no processo. A prova testemunhal, por sua vez, é o meio probatório que se operacionaliza a partir do repasse do fato registrado na memória de terceiro alheio ao processo.

Em que pesem os meios de prova tradicionais terem sido usados por décadas no contorno processual, referidos meios têm se tornado obsoletos (ou, juridicamente inseguros), quando produzidos em ambiente digital, ao ponto de poder, inclusive, contribuir de forma negativa. A insegurança disposta advém da possibilidade de fácil manipulação dos meios probatórios tradicionais, quando produzidas em ambiente diverso de seu cotidiano, qual seja, o digital.

A título de exemplo, pode-se citar uma foto. O recurso fotográfico representava uma prova valiosa outrora, considerando seu diminuto uso e suas poucas possibilidades de edição. Nos anos 90, eram poucas pessoas que tinham acesso a referidos aparelhos fotográficos. No início dos anos 2000, em que pese o instrumento se tornar mais popular, com o advento da máquina fotográfica digital, a tecnologia para manusear (e alterar) referidas imagens ainda era escassa e carecia de qualidade. Contudo, referido contexto fático não mais representa a realidade. Nos tempos atuais, qualquer indivíduo possui uma câmera digital, na realidade, quase qualquer celular detém o recurso fotográfico, com muito mais qualidade do que uma câmera digital física, do início da década.

Em resumo, uma foto tirada nos anos 2000 representava um meio de prova valioso, frente a realidade da época. Atualmente, o recurso fotográfico não é capaz de oferecer a plena segurança quanto a veracidade do que é representado, em um processo. Dito isso, uma prova (antes cabal), hoje pode ser tida, tão somente, como indício de prova.

Repisa-se, o contorno probatório tradicional atual não garante um nível adequado de segurança jurídica e, por isso, ataques a sua autenticidade e integridade podem ser facilmente levantados pela parte contrária a quem produziu tais provas, trazendo à baila relevante questionamento acerca da garantia de veracidade e consequente nível de segurança.

2 THAMAY, Rennan. Provas no direito digital: conceito da prova digital, procedimentos e provas digitais em espécie. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 112.

No contorno apresentado, as provas digitais (ou produzidas em ambiente digital), tornaram-se as protagonistas no sistema jurídico processual, por isso, fora necessário o desenvolvimento de um meio de criação alternativo, atinente ao contexto tecnológico atual, que garantisse a veracidade do que se queria apresentar.

3. Protagonismo da Prova Digital aliada a Necessidade de Preservação

A prova digital, de acordo com Thamay e Tamer³ é o meio de exteriorizar a ocorrência de um fato que aconteceu em meio digital, ou que tem no meio digital um instrumento de fácil demonstração de determinado fato do seu conteúdo. Assim, com o surgimento de algumas tecnologias modernas (blockchain, a realidade aumentada, a eye-Tracking e Voices commands) a prova produzida no ambiente digital é, cada vez mais, utilizada.

Ademais, o protagonismo da prova digital tem seu ápice renovado constantemente, com o surgimento e constante crescimento de processos envolvendo cybercrimes, uma vez que é mais plausível produzir provas no meio em que o acontecimento que ensejou o crime, está inserido.

A jurisprudência posiciona-se com mais dinâmica na era digital, ante a necessidade de análise do contexto fático de cada processo, em contrapartida, o Poder Legislativo carece de rápida absorção, considerando que a atualização da legislação costuma ocorrer de forma burocrática e demorada. Nas observações de Renato Opice Blum⁴, “os casos das questões tecnológicas, contudo, os debates legislativos, as vezes lentos, por vezes afobados, não raro resultam em textos jurídicos defectíveis, ambíguos ou insuficientes”. Em resumo, o Código de Processo Civil ainda considera o suporte físico em papel como o meio “convencional” principal para a produção de documentos.

O Direito é mutável e precisa se contextualizar de acordo com a realidade no qual está inserido, para ser valorado na sociedade e corresponder às expectativas de garantia que o precedem. Esclarecido o protagonismo da prova digital, ante o contorno fático atual, há de se destacar outro fator importante que deve ser considerado ante a imensa gama de conteúdos publicados nas redes sociais, qual seja, a preservação da visibilidade de tal prova. O conteúdo online, seja qual for, pode ser facilmente apagado, contudo, as consequências advindas de publicações indevidas e criminosas podem ser perenes, portanto, a criação de um molde que preservasse o conteúdo probatório digital era imperiosa, surgindo os famosos, mas um tanto primitivos, “prints”⁵ de conversas via whatsapp, telas, stories, etc.

Dito isso, verifica-se que a preservação da prova extraída de um meio digital deveria se operar de forma rápida, mas também segura, que garantisse a baixa probabilidade de adulteração. Os famosos “prints” não oferecem demasiada

3 THAMAY, Rennan. Provas no direito digital: conceito da prova digital, procedimentos e provas digitais em espécie. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 32.

4 BLUM, Renato Opice. Dosagem dos remédios jurídicos em face das novas Tecnologias. In Anuário CESA – Centro dos estudos das sociedades de advogados. Ribeirão Preto, Ed. Migalhas, 2017, p. 62.

5 O Print screen é uma tecla comum nos teclados de computador ou mecanismos de celulares no qual ocorre a captura em forma de imagem de todo o conteúdo presente na tela no momento em que a tecla ou mecanismos são acionados.

segurança jurídica, uma vez que são facilmente editáveis (é possível modificar a imagem a bel prazer), criando uma prova que pode não corresponder a realidade. Em consonância com essa necessidade, surgiu o blockchain.

4. Blockchain

A definição de blockchain compreende, basicamente, uma espécie de base de dados com capacidade para registrar e armazenar transações (e informações) de forma permanente e à prova de violação. Para Dannen⁶, blockchain é a combinação de três tecnologias distintas:

(1) conexão peer-to-peer, isso é, o método pelo qual um grupo de computadores em rede comunica-se entre si sem necessidade de uma autoridade central, desta forma, não apresentando ponto único de falha; (2) criptografia assimétrica, uma forma de que esses computadores enviem mensagens criptografadas para destinatários específicos de tal forma que qualquer um possa verificar a autenticidade do remetente, mas que somente os destinatários escolhidos possam ler o seu conteúdo; (3) e, por fim, 'hash criptográfico', ou seja, uma forma de gerar identidades pequenas e únicas para quaisquer dados, permitindo rápida comparação entre conjuntos de informações de uma forma segura de identificar que referidos dados não foram alterados.

A par de questões técnicas, o mencionado “hash criptográfico” é facilmente exemplificado como um “bloco” ou “caixinha”. Ou seja, acopla-se neste bloco o registro de algumas ou de toda a informação/transação que se queira. Após referido armazenamento por intermédio do sistema blockchain, a informação fica guardada de forma permanente na base de dados daquele “bloco”. Toda vez que um “bloco” é concluído, outro novo, “em branco”, é gerado. Desta forma, é possível gerar um número incontável de blocos criptografados na blockchain que são ligados uns aos outros como em uma cadeia lógica, onde cada bloco contém uma referência para o bloco anterior e, cada “caixinha”, guarda além de uma informação diferente, os dados dos blocos anteriores a ela.

Tal tecnologia inovadora teve seus primeiros registros em 1991, mas foi popularizada em 2008, em conjunto com o Bitcoin. Ressalta-se que bitcoins são diferentes de blockchain, aliás, este é a tecnologia que permite que as bitcoins existam. Neste diapasão, Boverio e Silva⁷ explicam:

Mesmo tendo seu início como personagem secundário, por detrás do Bitcoin, a tecnologia blockchain encontra-se em ascensão no mundo da tecnologia para se tornar a protagonista na revolução da distribuição de dados atuais, desde de serviços de armazenamento em nuvem até a forma que exercemos o direito ao voto.

Em resumo, a blockchain funciona, basicamente, como uma base de dados espalhados por milhões de computadores, a prova de violação, uma vez que armazena em cada nova transação, as informações de todas as outras transações do mesmo bloco. O funcionamento perfaz um sistema incorruptível que assegura a imutabilidade, transparência e a descentralização da informação.

A imutabilidade da informação gerada pelo sistema blockchain se dá ante a impossibilidade de reescrever um registro outrora armazenado. Ou seja,

6 DANNEN, Chris. *Introducing Ethereum and Solidity: Foundations of Cryptocurrency and Blockchain Programming for Beginners*, Apress; 1st ed. Edição. 2017, p. 25.

7 BOVÉRIO, M. A.; SILVA, V. A. F. BLOCKCHAIN. *Revista Interface Tecnológica*, v. 15, n. 1, 30 jun. 2018, p. 120.

caso alguém queira modificar algo registrado em blockchain, terá que criar um novo bloco criptografado que demonstrará que a informação “X”, armazenada anteriormente, mudou para “Y” em a data e hora específicas (REVOREDO, 2018). Ademais, as redes de armazenamento da blockchain são descentralizadas, o que a torna mais resistente a ataques maliciosos, ofertando durabilidade, confiabilidade e longevidade dos dados.

Dito isso, verifica-se que a blockchain se desenvolve como uma base de armazenamento de dados confiável e de rápida ação, requisitos necessários a produção de prova em meio digital, tão importante atualmente, conforme esposado a seguir.

4.1 Blockchain como Instrumento de Prova no Direito

O sistema blockchain oferece a segurança necessária para armazenamento de provas jurídicas uma vez que, conforme uma informação ou dado é arquivado em blockchain, para alterar ou excluir esta, seria necessário, em igual sentido, modificar todo o armazenamento anterior daquele “bloco” de informações, espalhados ao redor do mundo. Em termos simplificados, após adicionar um elemento no sistema de “bloco” do blockchain, ele passa a ser parte da estrutura do “bloco”, daquela cadeia de informações, não sendo possível alterá-lo ou retirá-lo sem que toda a cadeia anterior de informações sofra com a interferência.

É exatamente em razão do esposado, por exemplo, que o sistema de blockchain é usado para garantir a segurança do uso das Bitcoins, uma vez que a partir do armazenamento em “bloco”, é possível depreender que moeda armazenada, nunca fora feita ou usada antes, em razão da ligação do armazenamento recente com todo o anterior. Considerando que o armazenamento blockchain é seguro e facilmente utilizado em transações financeiras (bitcoins), conclui-se que aquele é igualmente apto a armazenar conteúdo probatório para posterior análise do Poder Judiciário. Em igual entendimento, Amanda Lima⁸, em relação a Blockchain e seu uso no âmbito do Direito dispõe:

Registro de Documentos: a validade e a existência ou a posse de documentos assinados é muito importante em qualquer solução legal. Na validação tradicional de documentos, as partes dependem das autoridades centrais, como os cartórios, para armazenar e validar os documentos que apresentam alguns desafios óbvios de segurança. Com a tecnologia blockchain permite-se o armazenamento anônimo com segurança e privacidade de suas informações. Isso permite que, a qualquer tempo, o usuário possa certificar a existência de um documento que existia em determinado momento, estando ele em qualquer lugar. As principais vantagens de usar tecnologia distribuída neste serviço é a segurança e privacidade que permitem conferir ao usuário uma prova de que o documento não depende de uma única entidade centralizada.

Depreende-se, portanto, que no atual cenário, globalizado e virtual, a necessidade de produzir provas no ambiente digital é notória e, muitas vezes, o único modo de provar o alegado. A rapidez com que a informação é posta e tirada das redes digitais desperta no contorno processual brasileiro a obrigação de moldar e aceitar sistemas

8 LIMA, Amanda. Construindo o futuro de blockchain com as mãos do jurídico. Disponível em: < https://www.thomsonreuters.com.br/content/dam/openweb/documents/pdf/Brazil/white-paper/wpp_TR_RT_Institucional_WhitePaper_ConstruindoofuturodeBlockchaincomasmaosdojuridico_15708_3.pdf >, p.8.

que identifiquem, armazenem e disponham as provas identificadas, com segurança e facilidade.

Não basta apenas o Direito admitir a produção de prova em ambiente digital, é necessário que sejam fornecidos mecanismos que garantam a produção e manutenção desse contorno probatório, a fim de oferecer a pessoa interessada e ao operador de Direito, a garantia de veracidade do que fora apresentado.

O protocolo de confiança digital oferecido pelo sistema de armazenamento em blockchain pode substituir, definitivamente, o papel (representado por documentos públicos ou privados), bem como, os meios de produção de prova em ambiente digital mais facilmente manipuláveis.

No interim do esposado, o denominado Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014), em seu artigo 10 e §4º⁹, asseguram, basicamente, a guarda e a disponibilização dos registros de conexão e de acesso a aplicações de internet, dados pessoais e conteúdo de comunicações privadas, desde que preservadas a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das partes envolvidas. Ou seja, é possível a disponibilização de tais informações, por ordem judicial, desde que seja respeitada a segurança, o sigilo e o direito de confidencialidade.

Verifica-se, diante do supramencionado, mais um fundamento que corrobora a utilização do Blockchain para armazenamento do conjunto probatório de processos judiciais, vez que o sistema daquele garante a total confidencialidade, disposta em uma cadeia lógica que preserva os dados registrados de seus usuários e mantém um histórico de movimentação e acesso do referido registro criptografados. O armazenamento em Blockchain, desta forma, garante um protocolo eficaz e de confiança tanto quanto a veracidade do que fora guardado (conforme explicitado acima), bem como, quanto confidencialidade e sigilo do documento registrado.

Ademais, cumpre ressaltar que a revolução na comunicação e armazenando de dados têm sido, cada vez mais, acatadas pelos Tribunais. A título de exemplo, o Tribunal de Justiça de São Paulo admitiu a utilização de provas digitais armazenadas em sistema blockchain, a seguir:

OBRIGAÇÃO DE FAZER. TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA. Publicações em páginas do Facebook, Instagram e Twitter. Alegação de conteúdos inverídicos e ofensivos, com o objetivo de produzir o descrédito do autor junto à opinião pública. Pretensão de remoção dos conteúdos, fornecimento de informações dos usuários e abstenção de comunicação dos requerimentos a terceiros. Descabimento. [...] Art. 22, Lei nº 12.965/14. Abstenção de comunicação a terceiros que não se justifica, pois o autor já providenciou a preservação do conteúdo. Decisão mantida. Recurso não provido. (TJ-SP - AI: 22372537720188260000 SP 2237253-77.2018.8.26.0000 Relator: Fernanda Gomes Camacho, Data de Julgamento: 19/12/2018, 5ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 19/12/2018). Grifo nosso.

Nas palavras da Desembargadora Relatora Fernanda Gomes Camacho¹⁰,

9 Art. 10. A guarda e a disponibilização dos registros de conexão e de acesso a aplicações de internet de que trata esta Lei, bem como de dados pessoais e do conteúdo de comunicações privadas, devem atender à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das partes direta ou indiretamente envolvidas. § 4º As medidas e os procedimentos de segurança e de sigilo devem ser informados pelo responsável pela provisão de serviços de forma clara e atender a padrões definidos em regulamento, respeitado seu direito de confidencialidade quanto a segredos empresariais.

10 Agravo de Instrumento nº 2237253-77.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo. Disponível em: <https://www.britannica.com/technology/history-of-technology/Technology-in-the-ancient-world>.

“outrossim, não se justifica a pretensão de abstenção de comunicação de terceiros a respeito dos requerimentos do agravante e dos termos da demanda, inclusive porque o próprio recorrente afirmou que “a partir do conhecimento dos fatos, o Autor providenciou a preservação de todo o conteúdo via Blockchain, junto à plataforma OriginalMY, hábil a comprovar a veracidade e existência dos conteúdos”. Visivelmente, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo começa a englobar nos processos judiciais o armazenamento por intermédio do blockchain, representando considerável avanço tecnológico para as relações jurídicas.

Na esteira do mencionado, sabe-se que há precedentes nos Tribunais Internacionais, como é o caso da pioneira Corte da Internet de Hangzhou, na China, que considerou o conteúdo de uma página na internet, mantida em serviço de armazenamento com tecnologia blockchain, prova suficiente para a condenação do réu por infração à Lei de Direitos Autorais. (VASCONCELLOS, 2018)¹¹. O caso concreto acima mencionado alavancou a utilização do blockchain, traduzida na postura da Suprema Corte Popular da China, que em meados de setembro de 2018, editou uma regra admitindo a utilização de dados armazenados com tecnologia blockchain ou análoga como fonte de prova nos processos judiciais em curso nas cortes de internet daquele Estado.

Conclui-se, portanto, segundo dispõe o art. 369 do CPC que “são admitidos todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz”, que a utilização da tecnologia blockchain não envolve qualquer ilicitude, trata-se de alternativa admitida no direito brasileiro e que em muito contribuirá para alavancar o processo brasileiro, no que diz respeito a produção e armazenamento de provas, em quaisquer ambientes, com segurança e sigilo.

4.2 Breve Comparação do Uso do Blockchain com a Ata Notarial

Na esteira do alinhavado, permitiu-se a análise das circunstâncias favoráveis do uso da blockchain em comparação com meios de prova tradicionais. Diante do exposto, cumpre apresentar a comparação entre o uso do blockchain, com a ata notarial, meio de prova tradicional bastante conceituado no ordenamento jurídico brasileiro.

A ata notarial é um documento dotado de grande importância, por meio do qual o tabelião de um cartório, a requisição da parte interessada, lavra um instrumento público formalizado pela narrativa fiel de todos os fatos verificados por seus próprios sentidos, sem emissão de opinião pessoal, juízo de valor ou conclusão sobre, servindo tal ata de prova pré-constituída para ser utilizada em juízo, caso se faça necessário. De acordo com Arruda Alvim¹², “trata-se, em verdade, de um misto de documento público e testemunho oficial do tabelião, que pode conter a apreensão de fatos ou dados”.

Neste sentido, indubitavelmente, as atas notariais são afáveis na questão de comprovação de eventuais fatos ocorridos, contudo este instrumento apresenta um

11 VASCONCELLOS, André Roque. A tecnologia blockchain como fonte de prova no processo civil. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2018/10/15/tecnologia-blockchain-fonte-de-prova/>, 2018.

12 ALVIM. Arruda. Novo contencioso cível no CPC/2015. São Paulo: Ed. RT, 2016, p. 123.

elevado custo para produção, o que inviabiliza, em parte, o uso de tal prova por uma notória parcela da população, em detrimento ao blockchain que apresenta custo bastante ao valor da Ata. A média de gasto para produção de uma Ata Notarial, atualmente, gira em torno de R\$ 466,87 (quatrocentos e sessenta e seis reais e oitenta e sete centavos) a primeira página e, R\$ 235,75 (duzentos e trinta e cinco reais e setenta e cinco centavos) a segunda página. Referido preço é tabelado por lei em todos os cartórios do Estado de São Paulo. De outro lado, nos pacotes fornecidos pela Blockchain, os preços podem variar, em média, de R\$ 100,00 (cem reais), para uso ilimitado.

Na esteira do mencionado, à proporção que o sistema blockchain alcança é maior que o da ata notarial, ademais, em que pese este existir há mais tempo no ordenamento processual brasileiro, aquele tem tomado grande concretude no mundo jurídico, ante todas as benesses que oferece.

5. Conclusão

Ante o exposto, resta evidente que a inovadora tecnologia blockchain pode e deve se solidificar no sistema judiciário brasileiro, como forma de melhorar a fase processual voltada para a produção de provas, garantindo segurança, acesso e efetividade do contorno probatório processual. Ademais, o sistema criptografado do blockchain, aliado confere ao magistrado a garantia de primazia da realidade, bem como, sigilo das informações invioláveis do indivíduo.

Ademais, a legislação brasileira permite (ou não proíbe) a utilização do armazenamento da blockchain, que confere, na ampla maioria de casos, eficácia de igual dimensão ou até maior do que os meios tradicionais de provas utilizados atualmente.

Em resumo, as provas ordinárias e as produzidas em ambientes digitais armazenadas em blockchain dispõem de viabilidade jurídica na utilização em processos judiciais, conferindo maior eficiência e segurança as relações jurídicas, a luz do entendimento jurisprudencial, normativo e doutrinário.

Referências Bibliográficas

AGRAVO DE INSTRUMENTO nº 2237253-77.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo. 5ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Disponível em: <https://www.britannica.com/technology/history-of-technology/Technology-in-the-ancient-world>. Acesso aos 08 de outubro de 2020, às 12h44min.

ALVIM. Arruda. Novo contencioso cível no CPC/2015. São Paulo: Ed. RT, 2016.

BLUM, Renato Opice. Dosagem dos remédios jurídicos em face das novas Tecnologias. In Anuário CESA – Centro dos estudos das sociedades de advogados. Ribeirão Preto, Ed. Migalhas, 2017.

BRASIL, lei nº 12.965, de 25 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília, 23 de abril de 2014; 193º

da Independência e 126º da República.

BOVÉRIO, M. A.; SILVA, V. A. F. BLOCKCHAIN. Revista Interface Tecnológica, v. 15, n. 1, 30 jun. 2018.

BUCHANAN, Robert Angus. Encyclopaedia brittanica online. Disponível em: <<https://www.britannica.com/technology/history-of-technology/Technology-in-the-ancient-world>>. Acesso aos 05 de outubro de 2020, às 12h09min.

DANNEN, Chris. Introducing Ethereum and Solidity: Foundations of Cryptocurrency and Blockchain Programming for Beginners. Apress; 1st ed. Edição. 2017.

LIMA, Amanda. Construindo o futuro de blockchain com as mãos do jurídico. Disponível em: < https://www.thomsonreuters.com.br/content/dam/openweb/documents/pdf/Brazil/white-paper/wpp_TR_RT_Institucional_WhitePaper_ConstruindoofuturodeBlockchaincomasmaosdojuridico_15708_3.pdf >. Acesso em aos 8 de outubro de 2020, às 12h17min.

REVOREDO, TATIANA. BLOCKCHAIN: Tudo O Que Você Precisa Saber (Potencial e Realidade Livro 1), 2018, Edição do Kindle.

THAMAY, Rennan. Provas no direito digital: conceito da prova digital, procedimentos e provas digitais em espécie. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

VASCONCELLOS, André Roque. A tecnologia blockchain como fonte de prova no processo civil. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2018/10/15/tecnologia-blockchain-fonte-de-prova/>, 2018. Acesso aos 18 de outubro de 2020, às 12h49min.

O princípio da autonomia privada da vontade à luz de sua valoração durante o tempo

The Principle of Private will Autonomy in the Light of its Valuation During Time

José Augusto de Moraes Pereira¹

Valquiria Valeria Nunes Lourenço de Oliveira²

Sumário: 1. Considerações iniciais; 2. O Princípio da Autonomia privada na história; 3. Autonomia Privada x Autonomia da Vontade; 4. A Volatilidade do Princípio; 5. A Lei 13.874/2019 e sua tentativa de reduzir a intervenção do Estado nas relações civilistas; 6. O ART. 421-A e sua tentativa de trazer nova valoração ao Princípio da autonomia da vontade privada; 7. Considerações Finais.

Resumo: A autonomia privada, teve sua insurgência no período do Estado Liberal, sendo instituída fundamentalmente, após a Revolução Francesa, a qual foi movida por ideais liberalistas, tendo como uma das suas referências, a obra, Segundo Tratado do Governo Civil, produzida no século XVII, por John Locke. A Revolução Francesa, ascendeu o Princípio da Autonomia Privada, ao tornar o lema, Liberdade, Fraternidade e Igualdade, extremamente popular, tanto que em 1848 passou a constituir um princípio da república francesa, inclusive, constando nas constituições de 1946 e 1958. A mudança, do Estado Liberal para o Estado Assistencial ou Social, redefiniu a Autonomia Privada, onde o núcleo de proteção do Estado passou a ser a pessoa humana, que em virtude de sua própria segurança, passou a sofrer limitações impositivas sobre sua autonomia com o fim de se equilibrar à autonomia ofertada as outras pessoas, surgindo assim o Welfarestate. Nesse diapasão, chegamos à compreensão de que a Autonomia Privada, na história, passou a ser um Princípio Fundamental do Direito caracterizado pelos valores imperiosos de cada tempo, sendo conduzido de forma objetiva, no entanto dentro da subjetividade coletiva das situações fáticas de cada época.

Palavras-chave: Autonomia; Privada; Contratos; Lei; Liberdade; Econômica.

Abstract: Private autonomy had its insurgency in the Liberal State period, being fundamentally instituted, after the French Revolution, which was driven by liberalist ideals, having as one of its references, the work, According to the Civil Government Treaty, produced in the 17th century, by John Locke. The French Revolution, ascended the Principle of Private Autonomy, by making the motto, Freedom, Fraternity and Equality, extremely popular, so much so that in 1848 it became a principle of the French republic, including, being included in the constitutions of 1946 and 1958. The change, from the Liberal State to the Assistance or Social State, redefined Private Autonomy, where the State's protection nucleus became the human person, who, due to his own security, began to suffer imposing limitations on his autonomy in order to to balance the autonomy offered to other people, thus creating the Welfarestate. In this tuning fork, we came to the understanding that Private Autonomy, in history, has become a Fundamental Principle of Law characterized by the imperative values of each time, being conducted in an objective way, however within the collective subjectivity of the factual situations of each era.

Keywords: Autonomy; Toilet; Contracts; Law; Freedom; Economy.

1. Bacharel em Direito pela UNIFIEO, Advogado, especialista em Banking pela UNIVERSIDADE MACKENZIE, com cursos de extensão em Direito Empresarial pela EPD (Escola Paulista de Direito), Direito Imobiliário pela Faculdade Legale e Direito Contratual pela Faculdade Legale, Mestrando em Direitos Humanos e Fundamentais pela UNIFIEO, Presidente da Comissão de Direito Imobiliário da 56ª subseção da Ordem dos Advogados do Brasil.

2. Bacharel em Direito pela UNIFIEO, Advogada, especialista em Direito Criminal, Mestranda em Direitos Humanos e Fundamentais pela UNIFIEO.

1 - Introdução

Todo negócio jurídico é otimizado por princípios fundamentais do direito, visão criada e defendida pela grande Mestre Robert Alexy, em sua obra Teoria dos Direitos fundamentais produzida em 1986 e traduzida para o português em 2008. (2ª ed. 5ª tiragem, P. 90).

Ao compreendermos este conceito, absorvemos com clareza que este é define o início, a justificativa e a natureza que motivam a realização de determinado ato, seja ele jurídico ou não, assim, conforme a definição da palavra pelo dicionário Oxford Languages, é o substantivo masculino utilizado para definir aquilo “que serve de base a alguma coisa; causa primeira, raiz, razão”.

Por meio do Instituto Contrato, as relações jurídicas são estabelecidas, no entanto, seus efeitos não estão limitados as partes que subjetivamente configuram tal instrumento, mas sim, a todos os terceiros que margeiam a relação contratual. (Tartuce, Manual de Direito Civil, 2019).

Nesse sentido, a própria história é causa da variação da autonomia privada no tempo.

2. O princípio da autonomia privada na história

A Autonomia Privada, teve sua insurgência no período do Estado Liberal, sendo instituído fundamentalmente, após a Revolução Francesa, a qual foi movida por ideais liberais, tendo como uma das suas referências, a obra de John Locke , Segundo Tratado do Governo Civil, produzida no século XVII.

Locke, propunha que os indivíduos detinham o direito natural à liberdade, à propriedade e à vida, ideal que impunha a redução da presença dos Estado nas relações entre os particulares. (Segundo Tratado do Governo Civil, ed. Martin Claret, 1ª edição, 2002).

Diante do ora relatado, o Professor Francisco dos Santos Amaral Neto, no trabalho escrito para o livro em homenagem ao Prof. Doutor Antônio Ferreira Correia, onde trata sobre “A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica”, propriamente na p. 213, ao referendar o conceito sobre uma perspectiva dogmática e estrutural, assim, propôs:

“a autonomia privada surge como o poder que os particulares têm de regular, pelo exercício de sua própria vontade, as relações de que participam, estabelecendo-lhes a respectiva disciplina jurídica”.

“Sinônimo de autonomia da vontade para grande parte da doutrina contemporânea, com ela, porém, não se confunde, existindo entre ambas, sensível diferença que se realça com o enfoque do fenômeno em apreço na perspectiva da nomogênese jurídica. Poder-se-ia logo dizer que a expressão da autonomia vontade tem uma conotação mais subjetiva, psicológica, enquanto a autonomia privada marca o poder da vontade de um modo objetivo, concreto e real.”

Mediante o clarificado, a autonomia da vontade, economicamente, era empregada de acordo com a visão de Adam Smith, que difundia que o mercado só e somente só, é plenamente livre e desamarrado dos interesses do Estado, quando regulado por si mesmo, sendo uma visão totalmente oposta ao Estado de intervenção, o qual, tem

por objetivo a regulação exaustiva de todas as áreas da economia, inclusive.³

Para Locke, a relação entre o povo e o Estado era disciplinada e organizada por meio de um Contrato Social, onde a população sedia direitos e em contra partida, recebia a segurança da manutenção da ordem social⁴.

O Professor Arnaldo Rizzardo, em sua obra *Contratos*, (17^a ed, 2017, P. 19), por meio de uma dilação sobre a história, conceituou a Autonomia da Vontade, assim reconhecida na época em que foi analisada:

“Desde o surgimento, passando pelo direito romano e pelas várias correntes filosóficas e jurídicas da história, o princípio da autonomia da vontade sempre foi consagrado. Por isso, é o contrato considerado como o acordo de vontades livres e soberanas, insuscetível de modificações trazidas por qualquer outra força que não derive das partes envolvidas. Induziu a tão alto grau a liberdade de pactuar, que afastou quase completamente a interferência estatal. Assim pontificou na doutrina de J. J. Rousseau, na qual prepondera a vontade geral, e não a individual, com o menor envolvimento possível do Estado, formada pelo livre consentimento das vontades individuais, vindo a constituir o contrato social”.

As forças que exerciam o domínio do Estado, condicionavam a esse, a forma de Autonomia Privada, conforme seus anseios, com o fim de atingirem determinados fins.

Assim, pertinente se faz a transcrição do ofertado pela obra, *O Caráter Prima Facie dos Direitos Fundamentais e a Autonomia Privada: O Advento do Do Constitucionalismo Contemporâneo e o Status de Direito Constitucional Fundamental*, redigida por Luiz Felipe Nunes e Rogério Gesta leal, (p. 69, 2014), conforme abaixo exposto:

“Foi a crença de que o homem possui direitos que lhe são naturais, e que devem ser respeitados pelo Estado, que serviu de combustível para as revoluções liberais e para o fundamento das doutrinas políticas de cunho individualista, que se formularam para enfrentar a monarquia absoluta (BARROSO, 2008, pp. 20-21).⁽¹⁾ Essa crença de inspiração filosófica, originalmente cristã, tornou-se uma das condições subjetivas para a luta de direitos, pela mensagem de liberdade e de igualdade inerentes a todos os seres humanos, afirmado por meio da dignidade da pessoa humana, já que o homem é uma criatura formada à imagem e semelhança de Deus, e que esta dignidade pertence a todos os homens sem distinção, em razão da igualdade fundamental da natureza humana (SILVA, 2004, pp. 173-174). Com a modernidade – séc. XVI/XVII – inicia-se o desenvolvimento de um ambiente cultural não mais submisso à teologia cristã; com isso, cresce o ideal de conhecimento fundado na razão, e a liberdade começa a confrontar-se com os ideais absolutistas (BARROSO, 2008, p. 20). Viu-se um Estado não mais criado por Deus, e governado por seus representantes, mas um Estado que é resultado de um pacto, “um pacto firmado por homens livres e iguais que a ele delegam a função de assegurar suas liberdades e seus direitos” (LEAL, 2007, p. 8). Foi assim na Inglaterra do século XVII, que a concepção contratualista da sociedade e a ideia de direitos que precedem o Estado - naturais, passam a adquirir relevância no plano teórico e prático, demonstrado através das diversas Cartas de Direitos assinadas pelos monarcas nesse período (SARLET, 2003, p. 43). Sem embargo, as ideias dos pensadores iluministas permearam dois grandes eventos no final do século XVIII, que foram absolutamente decisivos para a consolidação e juridicização dos direitos do homem: a Revolução Francesa e o movimento que culminou na Independência e na fundação do Estado norte-americano. Estes episódios seminais da história da humanidade marcaram o início de uma nova era (SARMENTO, 2004, p. 22)”.

A Revolução Francesa, ascendeu o Princípio da Autonomia da Vontade, e tornou o lema, Liberdade, Fraternidade e Igualdade, extremamente popular, tanto que em

3 Harvard: Consenso de Washington – FMI: economia keynesiana – Paul Spicker: welfare states – Instituto liberal: Adam Smith – Enciclopédia Britannica: Iluminismo – Poetize.

4 Revista Direitos Humanos Fundamentais Osasco, jul-dez/2014, ano 14, n.2, pp. 67-88).

1848 passou a constituir um princípio da república francesa, inclusive, constando nas constituições de 1946 e 1958.

Na ocupação Nazista, o lema foi substituído por “trabalho, família e pátria”, o que também veio a refletir efeitos sobre a Autonomia da Vontade transformando-a em Autonomia Privada.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, também trouxe em sua composição primária a trindade emblemática, “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade”, propondo uma nova definição a Autonomia das Relações Negociais entre os seres humanos.

John Maynard Keynes, no ano de 1936, publicou a obra “A Teoria Geral do Emprego, do Juro e da Moeda”.

Após o enfrentamento da segunda guerra mundial, o Estado Americano passou a aceitar o protocolo Keynesiano, nos países Europeus, também motivados pela mesma causa, passou-se a adotar o modelo idealizado pelo economista sueco Gunnar Myrdal.

No final da 2ª guerra mundial, as democracias ocidentais, perceberam que deveriam avançar na prática de políticas de igualdade formal, passando a igualar algumas medidas de igualdade material, assim, dando origem ao Estado de Bem-estar social.⁵

A referida mudança, do Estado Liberal para o Estado Assistencial ou Social, redefiniu o significado da Autonomia Privada, onde o núcleo de proteção do Estado, passou a ser a pessoa humana, que em virtude de sua própria segurança, passou a sofrer limitações impositivas sobre sua autonomia com o fim de se equilibrar à autonomia ofertada as outras pessoas, surgindo assim o Welfarestate.

Para atingir tal finalidade, os Estados Sociais focaram na cobrança de impostos sobre os mais abastados, com o fim de custear a igualdade material aos mais carentes, com o objetivo de direcionar os recursos para suprir o mínimo existencial, ou seja, para Educação, Saúde, Segurança etc.⁶.

Diante desse novo entendimento, a Carta Magna Brasileira passou a ocupar o posto antes ocupado pelo Código Civil, destacando-se no ordenamento jurídico brasileiro, elevando os Direitos Fundamentais a um novo patamar, uma nova dimensão, a objetiva, emanando seus efeitos para todo o Direito Pátrio, adquirindo um caráter *Prima Facie* ante as demais normatizações infraconstitucionais, principalmente na definição do princípio da Autonomia Privada⁷.

Nesse diapasão, me valho da análise do Nobre Investigador do Departamento de Investigação e Desenvolvimento (DID) do Instituto Nacional de Administração (INA), César Madureira, que postulou em seu artigo *Do Welfare State ao conceito de Governance: Que futuro para as Administrações Públicas no início do século XXI?*

“...o Estado Providência (Welfare State), enquanto actor social e organizador da sociedade, apoiou-se em modelos mistos de economia, tentando gerar estabilidade e crescimento económico, sobretudo com o propósito de proteger os cidadãos ante a ameaça da exclusão social e das demais contingências económicas e sociais”.

5 Revista Direitos Humanos Fundamentais, Osasco, jul-dez/2014, ano 14, n.2, pp. 67-88.

6 Revista Direitos Humanos Fundamentais, Osasco, jul-dez/2014, ano 14, n.2, pp. 67-88.

7 Revista Direitos Humanos Fundamentais, Osasco, jul-dez/2014, ano 14, n.2, pp. 67-88.

“A mundialização das sociedades de mercado, e a denúncia por todos aqueles que a ajudavam a promover, de que o Estado-Providência mais não representava do que um “monstro” hipertrófico, burocratizado e gastador foi levando a que gradualmente se repassassem a estrutura e as funções do Estado, mas sobretudo a adequação do seu papel face à nova esfera social económica”.

“Á semelhança do que foi passando no resto do mundo ocidental, também em Portugal a evolução dos modelos de administração foi ganhando novos contornos ao longo das últimas décadas. Com a falência eminente do Welfare State (decorrente da insustentabilidade orçamental e gestonária do mesmo) a Administração Pública Managerial foi ganhando adeptos. Neste sentido poder-se-ia dizer que o fim do estado de graça do Welfare foi determinante na criação de novos paradigmas e modelos de administração, estando, pois, a génese daquilo a que se veio a chamar reforma administrativa”.

Nesse diapasão, chegamos à compreensão que a AUTONOMIA PRIVADA, na história, caracterizou-se pelos valores imperiosos de cada tempo, sendo conduzida de forma objetiva, no entanto dentro da subjetividade coletiva das situações fáticas de cada época.

3. Autonomia da vontade x autonomia privada

O Jurista Enzo Roppo em sua obra, (O contrato. Coimbra: Almedina, 1988. P.137), esclarece:

“a autonomia e a liberdade dos sujeitos privados em relação à escolha do tipo contratual, embora afirmada, em linha de princípio, pelo art. 1.322, do Código Civil Italiano, na realidade, bem longe de ser tomadas como absolutas, encontrando, pelo contrário, limites não descuráveis no sistema de direito positivo”.

Entre os doutrinadores brasileiros, (Renovar, 2003, p. 347-348), Francisco Amaral aduz:

“A autonomia privada é o poder que os particulares têm de regular, pelo exercício de sua própria vontade, as relações que participam, estabelecendo-lhe o conteúdo e a respectiva disciplina jurídica. Sinónimo de autonomia da vontade para grande parte da doutrina contemporânea, com ela, porém não se confunde, existindo entre ambas sensíveis diferenças. A expressão “autonomia da vontade” tem uma conotação subjetiva, psicológica, enquanto a autonomia privada marca o poder da vontade no direito de um modo objetivo, concreto e real”.

O Jurista Luiz Díez-Picazo (apud Tartuce, 2019), elucida que diante do Direito Privado, a autonomia não é da vontade, mas da pessoa humana. Deste modo, não restam dúvidas que a vontade perdeu a importância que exercia no passado para a formação dos negócios jurídicos, sendo esta relação, tomada pela soberania dos PRINCÍPIOS da boa-fé objetiva e da função social e económica dos contratos em geral.

Não obstante, o enunciado 23 do CJP/STJ, aprovado na I Jornada de Direito Civil, aclarou:

“A função social do contrato, prevista no art. 421 do Código Civil de 2002, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz seu alcance, quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana”.

Nesse sentido, o Professor Flávio Tartuce, elucidou:

“O contrato de hoje é constituído por uma soma de fatores, e não mais pela vontade pura dos contratantes, delineando-se o significado do princípio da autonomia

privada, pois outros elementos de cunho particular irão influenciar o conteúdo do negócio jurídico patrimonial. Na formação do contrato, muitas vezes, percebe-se a imposição de cláusulas pela lei ou pelo Estado, o que nos leva ao caminho sem volta da intervenção estatal nos contratos ou dirigismo contratual, contratual, quando esta for necessária, notadamente nos casos de abuso contratual, tão comuns no Brasil. Como exemplo dessa ingerência estatal ou legal, pode-se citar o Código de Defesa do Consumidor e mesmo o Código Civil de 2002, que igualmente determina a nulidade absoluta de cláusulas tidas como abusivas”.

“Também é pertinente lembrar que, muitas vezes, a supremacia econômica de uma pessoa sobre a outra irá fazer com que uma parte economicamente mais forte dite as regras contratuais. A vontade do mais fraco, sem dúvida, estará mitigada. Essa imposição pode ser, além de econômica, política, como nos casos de um contrato administrativo, âmbito em que a autonomia privada também se faz presente, conforme reconhece o próprio Enzo Roppo”.

As causas e análises referendadas, corroboram para o reconhecimento de que o Princípio da Autonomia Privada da Vontade, está diretamente sujeito ao idealismo daqueles que almejam implantar de forma objetiva sua visão subjetiva de harmonia social, fazendo com que a composição de um negócio jurídico não esteja somente pautado pela vontade das partes, mas sim, por aspectos também desvendados pelo Mestre Flávio Tartuce, quais sejam:

“(…) Psicológicos, políticos, econômicos e sociais, tratando-se de um direito indeclinável da parte de autorregular os seus interesses, decorrente da dignidade humana, mas que encontra limitações em normas de ordem pública, particularmente nos princípios sociais contratuais”.

4. A volatilidade do princípio

O Código Civil Brasileiro de 1916, por meio de seu artigo 1056, declarava:

Art. 1.056. Não cumprindo a obrigação, ou deixando de cumpri-la pelo modo e no tempo devidos, responde o devedor por perdas e danos.

Hoje, o Código Civil Brasileiro de 2002, diante de seu artigo 402 apregoa:

Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.

Sem embargo do exposto, vale avocar os demais artigos do Código Civil de 2002, com o fim de explanar o método de limitação da Autonomia Privada da Vontade, senão, consideremos:

Art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato.

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e boa-fé.

Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Outrossim, verificamos que o Código supradito, em sua materialidade, ratificou de forma expressa valores e princípios que norteiam a condição de uso da autonomia privada da vontade, cerceando os riscos inerentes ao desequilíbrio das relações contratuais quanto a especificidade da manutenção da dignidade humana. Todavia,

vale corvejar, a substituição da serventia da Autonomia da Vontade pela Autonomia Privada da Vontade, gerou sim a relativização da *pacta sunt servanda*, porém, não extinguiu este instituto, desde contratado dentro dos limites principiológicos que norteiam a contemporânea negociação jurídica.

5. A lei 13.874/2019, lei da liberdade econômica e sua tentativa de reduzir a intervenção do estado no princípio da autonomia privada da vontade.

A Lei tem por finalidade incentivar a livre iniciativa e a prática da atividade econômica, por meio da desburocratização e outorga de maior autonomia ao empreendedor de viabilizar o seu negócio. Propõe a ideia de diminuir o poder da Administração Pública, reduzindo a capacidade regulatória estatal quando de sua destinação na limitação da expansão do mercado.

Nessa medida, a lei da liberdade economia, alterou o artigo 113 do Código Civil Brasileiro, almejando estabelecer ditames liberais no contexto da inteligência proposta pelo artigo, como veremos:

Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

§ 1º A interpretação do negócio jurídico deve lhe atribuir o sentido que: (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

I - for confirmado pelo comportamento das partes posterior à celebração do negócio; (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

II - corresponder aos usos, costumes e práticas do mercado relativas ao tipo de negócio; (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

III - corresponder à boa-fé; (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

IV - for mais benéfico à parte que não redigiu o dispositivo, se identificável; e (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

V - corresponder a qual seria a razoável negociação das partes sobre a questão discutida, inferida das demais disposições do negócio e da racionalidade econômica das partes, consideradas as informações disponíveis no momento de sua celebração. (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

§ 2º As partes poderão livremente pactuar regras de interpretação, de preenchimento de lacunas e de integração dos negócios jurídicos diversas daquelas previstas em lei. (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

O aprazado pelo § 2º do artigo supradito trouxe o cunho agressivo do pressuposto, haja vista que, condiciona a possibilidade das partes, livremente, pactuarem regras de interpretação, preenchimento de lacunas e de integração dos negócios jurídicos, de forma distinta, desconforme ou dissímil do previsto em lei.

O breve relato das mudanças propostas pela lei, conduzem o leitor ao entendimento de que o Princípio da Autonomia Privada da Vontade à Luz da Lei da Liberdade Econômica, se esforça para retornar a suas origens, sobretudo pela expressão positivada pelo Princípio de Intervenção Mínima, que tem claramente como objetivo contrapor o Princípio da Função Social do Contrato, com a tentativa de mitigar a atuação de intervenção do Poder Judiciário.

6. O art. 421-A e sua tentativa de trazer nova valoração ao princípio da autonomia privada da vontade.

O legislador trouxe estabelecido no corpo do caput do referido artigo as expressões “paritários”, “simétricos”, “elementos concretos” e “presunção”, palavras que têm a intenção de propor um expressivo ganho de autoridade, controle, faculdade, peso e império as partes que venham a compor determinado negócio jurídico, poderes, competências e condições que irão sobrepor qualquer intercessão do ESTADO, desde que simétricas as condições determinadas pelas demais leis especiais, senão, vejamos:

Art. 421-A. Os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais, garantido também que: (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

I - as partes negociantes poderão estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas negociais e de seus pressupostos de revisão ou de resolução; (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

II - a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada; e (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

III - a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada. (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

Propondo uma lógica interpretativa, é possível verificar que a ideia central do estabelecido pela normatização é definir que todo contrato deve pressupor que o conteúdo nele estabelecido representa em pé de igualdade os anseios das vontades nele contida, devendo ser considerado equilibrado e regular em sua totalidade, salvo, se mediante recursos, subsídios ou informações, seja demonstrado o contrário.

Na realidade, percebe-se a aplicação de uma normatização que eleva a subjetividade do princípio da autonomia privada buscando atribuir maior imperiosidade aos seus efeitos, na busca de contrapor às limitações objetivas, subordinantes, impostas pelos princípios constitucionais resguardados por nossa Constituição.

Ante todo o exposto, a Lei de Liberdade Econômica, diante da realidade mercadológica brasileira, propõe justificar os meios através dos fins que almeja alcançar, sejam eles ideais de crescimento econômico, mercadológico, empregatício, regulatório etc. Abarcados no intento de declarada redução da intervenção do Estado nas presentes relações jurídicas contratuais.

7. Considerações finais

Ao compreendermos o conceito do Princípio da Autonomia Privada da Vontade e a volatilidade de seu valor ante o caminhar da história, absorvemos com clareza que este é definido pela capacidade dada ao ser humano de realizar negócios, gerando riquezas, desde que respeitando as limitações impostas pelos valores atemporais resguardados por nossa Constituição Federal, tais como o Princípio da Dignidade Humana e o Princípio da Função Social do Contrato.

Não obstante, também ficou bastante perceptiva a influência dos acontecimentos inolvidáveis na modulação dos efeitos da autonomia, deixando de ser da vontade e

passando a ser privada.

Hoje, vivemos novos tempos e, novamente, pelo menos na história brasileira, a uma nova tentativa de valoração da autonomia privada da vontade.

Saibamos participar de forma ativa dessa pressuposta nova realidade.

Referências

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros Editores, 2008;

ALVES, Maria Helena Moreira. Estado de oposição no Brasil (1964- 1984). Rio de Janeiro: Vozes, 1984;

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica:perspectivas estrutural e funcional;

Código Civil do Brasil de 2002;

Constituição Federal do Brasil de 1988;

DICIONÁRIO, Oxford Languages;

Harvard: Consenso de Washington – FMI: economia keynesiana – Paul Spicker: welfare states – Instituto liberal: Adam Smith – Enciclopédia Britannica: Iluminismo – Poletize

In: BARROSO, Luís Roberto. A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

LEI 13.874/20019, LEI DA LIBERDADE ECONOMICA;

LOCKE, John, Segundo Tratado do Governo Civil, ed. Martin Claret, 1ª edição, 2002.

MADUREIRA, César, artigo Do Welfare State ao conceito de Governance: Que futuro para as Administrações Públicas no início do século XXI?, 2004.

NALIM, Paulo. Do contrato: conceito pós-moderno. 1. Ed 5. Tir. Curitiba: Juruá, 2005;

Revista de Direito Civil. São Paulo, ano 12, n.46, p. 07-26, out.-dez. 1998, p.10
BARROS, Edgard Luiz de. O Brasil de 1945 a 1964;

Revista Direitos Humanos Fundamentais, Osasco, jul-dez/2014, ano 14, n.2, pp. 67-88;

RIZZARDO, Arnaldo. CONTRATOS, 2017;

ROPPO, Enzo. O Contrato. Coimbra: Almedina, 1988;

ROUSSEAU, Jean-Jacques, O Contrato Social, 1762;

São Paulo: Contexto, 1990. BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo);

TARTUCE, Flávio, Manual de Direito Civil, Volume Único, 2019, 10ª ed.;

A necessária atualização do ensino jurídico

The necessary update of legal education

Fabrizio Bon Vecchio¹

Leandro Villela Cezimbra²

Sumário: 1. O Ensino Jurídico no Brasil; 2. Novas abordagens - transversalidade; Considerações finais.

Resumo: O presente ensaio tem por escopo trazer à baila uma discussão que já é feita pela academia, ainda que timidamente, mas que é muito necessária ao desenvolvimento da ciência jurídica e de seu ensino. Desde os primórdios do ensino jurídico no Brasil pouco se mudou com relação à forma de ensinar e, no que se refere à relação do conteúdo com a vida prática do futuro profissional, a situação é bastante preocupante. A relação de conteúdos ministrados que não dialoga com as demais áreas do conhecimento faz com que o Direito seja visto como um fim em si mesmo, violando por completo o verdadeiro sentido da ciência jurídica, que é a busca pela pacificação social. É chegada a hora de uma verdadeira atualização, desde suas bases até a busca por um resultado que dê à sociedade operadores do Direito mais preparados para os desafios que o novo mundo propõe. O domínio de novas tecnologias e o desenvolvimento de uma mentalidade mais transversal - que faça com que o Direito converse com as demais áreas do conhecimento - é fundamental. Discutir novas abordagens, trazendo conteúdos mais práticos e presentes no dia a dia dos estudantes é uma necessidade premente, ainda mais quando se está diante de uma ciência social por excelência, como o Direito. Neste diapasão é que o presente ensaio pretende discutir tais atualizações.

Palavras chaves: Ensino Jurídico; Atualização; Transversalidade.

Abstract: The purpose of this essay is to bring up a discussion that is already being made by the academy, albeit timidly, but which is very necessary for the development of legal science and its teaching. Since the beginnings of legal education in Brazil, little has changed with regard to the way of teaching and, with regard to the relationship of content with the practical life of the professional future, the situation is quite worrying. The list of contents taught that does not dialogue with the other areas of knowledge means that Law is seen as an end in itself, completely violating the true meaning of legal science, which is the search for social pacification. The time has come for a real update, from its foundations to the search for a result that will give society operators of Law better prepared for the challenges that the new world proposes. The mastery of new technologies and the development of a more transversal mentality - that makes the Law talk to other areas of knowledge - is fundamental. Discussing new approaches, bringing more practical content and present in the students' daily lives is an urgent need, especially when it comes to a social science par excellence, such as Law. It is in this tuning fork that this essay intends to discuss such updates.

Key words: Legal Education; Update; Transversality.

1 Mestrando em Direito da Empresa e dos Negócios pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). E-mail: fbvecchio@hotmail.com.

2 Mestrando em Derecho de las Relaciones Internacionales y de la Integración en América Latina - UDE (UY). E-mail: villacezimbra@yahoo.com.br.

1. O Ensino Jurídico no Brasil:

O mundo era completamente diferente quando Dom Pedro I, Imperador do Brasil, criou dois cursos de Direito, um na Cidade de São Paulo e outro na Cidade de Olinda, a 11 de agosto de 1827³. Naquela época, o recém independente Império brasileiro e sua novíssima Constituição promulgada em 1824 sustentavam uma nação ainda em gestação.

Na economia, o Brasil era um centro periférico agroexportador, o que permitiu que se desenvolvesse um mercado interno cada vez mais ávido por produtos e serviços, por conta de uma diversificação de atividades econômicas agropastoris, mineratórias, têxteis, entre outras⁴.

Nesse contexto, um curso superior voltado para uma nova elite que surgia se justificava de maneira plena em dois centros urbanos do país, São Paulo e Olinda. As disciplinas deste curso eram condizentes com a realidade da época. Compunham o quadro geral de disciplinas, segundo a Lei: Direito Natural, Direito Público; Análise da Constituição Imperial; Direito das Gentes; Diplomacia; Direito Civil; Direito Mercantil e marítimo; Direito Penal; Direito Eclesiástico; Economia; Direito Processual⁵.

Inegavelmente que o mundo mudou de 1827 até a atualidade, porém, os currículos jurídicos das faculdades mudaram? E se mudaram, foi suficiente?

Ao analisar as disciplinas que compõem os currículos das faculdades de Direito, vê-se algumas disciplinas semelhantes àquelas estatuídas pela Lei Imperial. Sem sombra de dúvidas houve a inserção de disciplinas atualizadas e atualizações na forma de transmitir o conteúdo, entretanto, será que os juristas que saem dos bancos acadêmicos estão prontos para a sociedade que os recebe?

Tais questionamentos são absolutamente necessários, visto que os conceitos sociais mudaram e seguem um câmbio constante.

O que se propõe com o presente ensaio não é uma crítica sem sentido e destrutiva, mas sim discutir um novo modelo que contemple as novas realidades sociais, as novas tecnologias enfim, os novos tempos, é o que se faz necessário, na realidade atual.

Disciplinas como Compliance e Ética não estão contempladas na maior parte das grades curriculares existentes no Brasil e, com a devida vênia, só corroboram com a afirmação de que a academia tem pecado com a sociedade. A necessidade de formação de cidadãos mais éticos e responsáveis deve ser realizada antes do ingresso nos bancos universitários, porém, quando esse cidadão lá chega é que se devem ser desenvolvidas ações em prol de uma sociedade mais justa, ética e cumpridora das leis e regulamentos.

De outro Norte, já não é possível que o jurista saia da faculdade sem noções efetivas de economia, de matemática financeira, de estatística, de auditoria, ou

3 BRASIL. Lei de 11 de agosto de 1827. Cria dois Cursos de ciencias Juridicas e Sociaes, um na cidade de S. Paulo e outro na de Olinda. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM.-11-08-1827.htm>. Acesso em 21 dez 2020.

4 CROCE, Marcus Antônio. A Economia do Brasil no século XIX. In XI Congresso de História Econômica. 2015, Vitória. Disponível em <http://www.abphe.org.br/arquivos/2015_marcus_antonio_croce_a-economia-do-brasil-no-seculo-xix.pdf>. Acesso em 02 jan. 2021.

5 Op. Cit.

até de Gestão Financeira, isto sem tratar dos métodos alternativos de solução de controvérsias.

A formação atual é totalmente voltada para o litígio, afirmação esta de fácil constatação, bastando-se simplesmente uma perfunctória análise da grade curricular de qualquer curso de Direito, onde a maioria das disciplinas são processuais (processo civil, processo penal, processo do trabalho e outros) demonstra que o fim do jurista não é a pacificação, mas o conflito.

Somos treinados para o embate e o resultado é a falência das carreiras jurídicas. Os números comprovam que já não é possível controlar a demanda reprimida de processos, muitos deles encorajados por profissionais do Direito que não sabem viver sem litigar.

Soluções alternativas de resolução de controvérsias, como arbitragem e mediação, assim como disciplinas do talante da análise econômica do Direito - cuja característica primordial é a transversalidade - são fundamentais para qualquer operador do Direito num cenário caótico como o atual.

Há quem critique veementemente a elevação das disciplinas práticas nos currículos jurídicos, em detrimento das disciplinas hermenêuticas, porém, há que se ter presente que o Direito não é um fim em si mesmo, mas uma ferramenta social que deve se adaptar constantemente à demanda da sociedade. Não se está a dizer que a hermenêutica não deve ser considerada importante, mas ao contrário, deve-se haver um equilíbrio que atraia o estudante e, ao mesmo tempo, o capacite para o mundo que ele encontrará.

O que atualmente se verifica é um excesso à preparação do litígio, em detrimento de ferramentas e competências que o evitem.

2. Novas abordagens - transversalidade:

Conforme asseverado, o Direito não pode estar ensimesmado, afinal, surge e se desenvolve no meio social, com o fim de buscar os objetivos traçados pela sociedade, como a paz, a ordem, a segurança, o bem-estar como maneira de proporcionar progresso social, sendo, portanto, fruto de uma realidade social⁶.

Assim, não há como o operador do Direito ser o sujeito que não tem afinidade com números e que possui a vontade precípua de litigar, preparando-se, para tanto, por cinco longos anos para demandar em juízo. Necessita conhecer a sociedade, saber negociar e evitar litígios desnecessários, deter um conhecimento transversal.

O que se vê na atualidade são profissionais do Direito que se utilizam de teses prontas, como se adquiridas nas prateleiras de um supermercado, um maldito recorta e cola, muitas vezes decorrente do pouco tempo de que dispõem para analisar os casos ou do próprio despreparo ocasionado pela ausência de conhecimento mais amplo sobre as relações sociais, gerando injustiça e equívocos grosseiros, como petições que sequer tem similitude com o caso em discussão.

Ademais, sendo o jurista contratado para elaborar um contrato, deverá buscar a

⁶ OLIVEIRA, Jorge Rubem Folena de. O direito como meio de controle social ou como instrumento de mudança social?. Revista de Informação Legislativa. Brasília. Ano. 34 n. 136 out./dez. 1997. 377 – 381.

integralidade das informações atinentes à relação entre as partes para bem explicitar, com sua melhor técnica, os anseios dos contratantes.

Não há mais como o operador do Direito não conhecer os negócios de seu cliente, ou não deter outras competências além do Direito, tais como economia, negociação, línguas estrangeiras e outras que compõem o rol de habilidades necessárias a qualquer profissional.

A tão propalada busca pela especialização, por meio da separação das ideias iniciada nos séculos XIX e prosseguida até então, dicotomizou o ensino em diversas áreas⁷, fazendo com que os diversos setores do conhecimento não “dialoguem”.

É nesse sentido que se afirma: não há como o operador do Direito não possuir um conhecimento transversal, implicando necessariamente esta transversalidade no conceito de interdisciplinaridade.

Definido por Moraes como abordagem epistemológica que permite ultrapassar as fronteiras disciplinares, possibilitando tratar de forma integrada tópicos comuns das diversas áreas do conhecimento, a interdisciplinaridade busca superar a fragmentação e linearidade do currículo, por meio do estudo de temas comuns, dialogando com as diversas disciplinas, ainda que considerando a especificidade de cada área⁸.

A interdisciplinaridade faz com que se estabeleçam relações entre os assuntos, situações vividas ou imaginadas, leituras, e outras sensações além do espaço de sala de aula⁹, abrindo o horizonte para um conhecimento mais abrangente.

A transversalidade é um recurso pedagógico, cujo escopo é auxiliar o discente a adquirir uma perspectiva mais compreensiva, crítica, analítica e real da sociedade, relacionando conteúdos com a realidade que cerca o educando, ignorando barreiras disciplinares¹⁰.

Neste sentido, ao tratar do panorama da transversalidade como ferramenta do jurista, necessário romper com a ideia de que o Direito é um fim, pois em verdade ele é um meio de alcançar a paz social e sem uma análise do plano que circunda as relações sociais é impossível alcançar seu desiderato.

Herkenhoff bem asseverava que o ensino da ciência jurídica vive uma crise, resultado de uma corrente do pensamento que se pretende reduzir a Ciência Jurídica à Dogmática Jurídica, bem como a ausência de um Direito aberto à multiplicidade de saberes¹¹.

Ora, a multiplicidade de saberes é o que dá o dinamismo necessário para que o Direito não se torne obsoleto na sua missão de pacificar os entes sociais.

Há que se considerar, portanto uma atualização das competências a serem desenvolvidas pelos discentes, de modo que eles sejam preparados efetivamente para os desafios sociais que a Ciência Jurídica impõe.

7 BOAVENTURA, Edivaldo M. ALMEIDA, Marcella Pinto de. O ensino jurídico brasileiro e a sua necessidade de resignificação na pós-modernidade. Revista de Direito da UNIFACS. Salvador, nº 200, fev, 2017. P. 1 – 34.

8 MORAES, Sílvia. Interdisciplinaridade e transversalidade mediante projetos temáticos. Revista Brasileira de Estudos Pedagógicos. Brasília, v. 86, n. 213/214, p. 38-54, maio/dez. 2005.

9 Op. Cit.

10 Idem.

11 HERKENHOFF, João Baptista. Para onde vai o Direito? Reflexões sobre o papel do Direito e do Jurista – 2ª Edição revista e atualizada. Porto Alegre; Livraria do Advogado, 1997. P. 48.

Considerações finais:

Nesta situação, tem-se uma desconexão do ensino jurídico com a realidade social vigente, desconexão esta que perdura e já se agrava há muito tempo, onde somente currículos jurídicos reformulados e atualizados serão capazes de melhorar a situação. Os cursos jurídicos não podem mais se dar ao luxo de serem depósito de mentes litigantes, onde todos são treinados para a vitória processual.

Direito é muito mais que processo, é uma ciência social por excelência, que serve de meio para organizar a sociedade, buscando a pacificação dos conflitos. Se seguirem os estudantes de Direito sendo formados como agentes do litígio, a sociedade seguirá conflagrada e cada vez mais frágil.

De igual forma, se o conhecimento seguir o modelo compartimentado, sem transversalidade e sem dialogar com outras áreas do saber, o Direito seguirá sendo o caminho mais rápido para a perda dos valores sociais, pois além de não representar solução para os litígios, estará totalmente descolado da realidade daqueles que o buscarem.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

BOAVENTURA, Edivaldo M. ALMEIDA, Marcella Pinto de. O ensino jurídico brasileiro e a sua necessidade de ressignificação na pós-modernidade. Revista de Direito da UNIFACS. Salvador, nº 200, fev, 2017. P. 1 – 34.

BRASIL. Lei de 11 de agosto de 1987. Cria dois Cursos de Ciências Jurídicas e Sociais, um na cidade de S. Paulo e outro na de Olinda. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM.-11-08-1827.htm>. Acesso em 21 dez 2020.

CROCE, Marcus Antônio. A Economia do Brasil no século XIX. In XI Congresso de História Econômica. 2015, Vitória. Disponível em <http://www.abphe.org.br/arquivos/2015_marcus_antonio_croce_a-economia-do-brasil-no-seculo-xix.pdf>. Acesso em 02 jan. 2021.

HERKENHOFF, João Baptista. Para onde vai o Direito? Reflexões sobre o papel do Direito e do Jurista – 2ª Edição revista e atualizada. Porto Alegre; Livraria do Advogado, 1997.

MORAES, Sílvia. Interdisciplinaridade e transversalidade mediante projetos temáticos. Revista Brasileira de Estudos Pedagógicos. Brasília, v. 86, n. 213/214, p. 38-54, maio/dez. 2005.

OLIVEIRA, Jorge Rubem Folea de. O direito como meio de controle social ou como instrumento de mudança social?. Revista de Informação Legislativa. Brasília. Ano. 34 n. 136 out./dez. 1997. 377 – 381.

As tendências internacionais atuais da tributação das sociedades - a tributação das sociedades na forma do imposto sobre o lucro distribuído: o caso da estónia

Current international trends in Corporate Taxation - taxation of companies in the form of distributed profit tax: the case of Estonia

Liliana Pereira¹

Volodymyr Popyk²

Sumário: 1. As tendências internacionais atuais da tributação das sociedades; 2. tributação do lucro das sociedades na Estónia; 3. A avaliação do modelo do imposto sobre o lucro distribuído na Estónia; 4. O futuro do imposto sobre o lucro distribuído na Estónia – considerações finais.

Resumo: Hoje em dia a maioria dos Estados escolhe o modelo clássico do Imposto sobre o Rendimento das Sociedades (Corporate Income Tax, CIT) e não querem praticar algo diferente por causa da falta de experiência internacional. Ultimamente fala-se muito sobre a necessidade de recuperar a eficiência do imposto e confiança na tributação das sociedades. Uma das direções atuais da reforma profunda em discussão é a tributação baseada nos fluxos de caixa (Cash Flow Taxation, CFT) designadamente a chamada S-Based CFT e conhecida como o Imposto sobre o Lucro Distribuído (Capital Retirado). Este modelo de tributação está em funcionamento num dos países da União Europeia – A Estónia. Este estudo visa a análise das atuais tendências internacionais ao nível da tributação das sociedades a partir da investigação da experiência da Estónia através da análise da legislação fiscal e a sua compatibilidade com o Direito da União Europeia e as suas perspectivas futuras de evolução. O estudo identificou o seguinte sobre o imposto em análise: (i) três países (a Macedónia, a Geórgia, a Letónia) introduziram o S-based CFT baseado na experiência da Estónia e mais um país – a Ucrânia – está na primeira fase da introdução; (ii) apesar de ser muito simples, competitivo e transparente, não consegue resolver as questões da neutralidade; (iii) o adiamento da tributação do lucro retido até ao momento da sua distribuição considera-se um incentivo fiscal; (iv) pode dar o início ao crescimento económico ao médio e longo prazo, mas causar a queda da receita fiscal nos primeiros anos após a introdução.

Palavras-chave: Imposto sobre o Rendimento das Sociedades; Cash Flow Tax; S-based; imposto sobre os fluxos de caixa; reforma

Abstract: Today most countries choose the classic model of Corporate Income Tax (CIT) and avoid of practicing anything different due to lack of international experience. Lately much has been said about the need to regain tax efficiency and confidence in corporate taxation. One of the current directions of fundamental reform, which is under discussion, is Cash Flow Taxation (CFT), so-called S-based CFT and known as Tax on Distributed Income (on withdrawal capital). This tax model operating in Estonia - one of the European Union countries. This study aims to analyze current international trends in corporate taxation based on the investigation of Estonian experience through the analysis of tax legislation and its compatibility with European Union law and its future prospects for evolution. The study of the tax in question revealed the following: (i) three countries (Macedonia, Georgia, Latvia) implemented S-based CFT based on the Estonian experience, and another country - Ukraine - is at the initial stage of implementation; (ii) despite tax simplicity, competitiveness and transparency, it doesn't solve the problems of neutrality; (iii) deferral of taxation of retained earnings until its distribution is considered as a tax incentive; (iv) may start economic growth in the medium and long terms, but leads to a fall of the fiscal revenues in the first years after the implementation.

Keywords: Corporate Income Tax; Cash Flow Tax; S-based; tax on cash flows; reform.

1 Professora Adjunta de Fiscalidade na Escola Superior de Gestão do Instituto Politécnico do Cávado e do Ave. Doutorada em Fiscalidade pela Faculdade de Direito da Universidade de Santiago de Compostela. E-mail: lpereira@ipca.pt

2 Mestre em Fiscalidade pela Escola Superior de Gestão do Instituto Politécnico do Cávado e do Ave. E-mail: vmcenteruk@gmail.com

1. As tendências internacionais atuais da tributação das sociedades

Os debates internacionais sobre a necessidade de reformar o sistema de tributação das sociedades têm sido cada vez mais frequentes nos últimos tempos. A importância e a necessidade de tributar as sociedades através de impostos como o Imposto sobre o Rendimento das Sociedades (CIT, Corporate Income Tax) já foram comprovadas de forma evidente sendo que atualmente o enfoque se tem direcionado no sentido de criar um sistema de tributação mais resiliente à crescente mobilidade de capital e que dê aos países maior possibilidade de manobra.

Como tem vindo a ser realçado pela Comissão Europeia (CE) “corporate taxation in the EU needs to be fundamentally reformed. Today’s corporate tax systems in EU Member States were conceived in the 1930s, when cross-border trade was more limited, business models were simpler and products were tangible. But as business evolves, so too must the tax system. The current rules no longer work in a globalized, digital, mobile business environment. This outdated system is inefficient...” (Comissão Europeia, 2015)

Nos últimos anos a política fiscal tornou-se o pilar central das medidas dos governos para estimular a economia e abordar os problemas sociais e ambientais. Em atuais condições de globalização da economia, a estrutura do sistema fiscal é um fator importante para os negócios pois decide onde e quando investir, que tipos de operações realizar e em quais países. A carga fiscal excessiva conduz a consequências negativas, como a redução da atividade empresarial, o crescimento da economia paralela e a saída de capitais para o exterior. Ao mesmo tempo, o equilíbrio entre o nível de carga fiscal sobre os contribuintes e os interesses fiscais do Estado no âmbito do CIT é extremamente importante. Considera-se que os CIT’s são os mais prejudiciais para o crescimento e o desenvolvimento, seguidos pelo imposto sobre o rendimento das pessoas singulares (PIT, Personal Income Tax) e, depois, pelos impostos sobre o consumo (IC) (Johansson, Heady, Arnold, Brys, & Vartia, 2008, p. 2).

O imposto sobre o rendimento afeta o comportamento dos agentes económicos, o que provavelmente se reflete no padrão de vida geral no país. Reconhecendo isto, nas últimas décadas, muitos países do mundo empreenderam reformas estruturais nos seus sistemas fiscais. A maioria das reformas tributárias tentaram criar um ambiente que incentivasse a poupança, o investimento, o empreendedorismo e a criação de empregos, o que significa que desenvolveram a concorrência e, tentando alcançar a neutralidade na questão de investimento, poupança e consumo, criaram distorções. Quase todas essas reformas podem ser descritas como associadas à redução de taxas para se tornarem mais atraentes e ao alargamento de bases tributáveis para manter as receitas fiscais orçamentais.

Apesar da tendência de redução das taxas de tributação do rendimento das sociedades, há razões que explicam o aumento das receitas orçamentais geradas por estes impostos, desde logo a mudança da atitude e da disciplina de pagamento por parte dos contribuintes. Uma das razões óbvias é o alargamento da base tributável tão praticada pelos Estados atualmente. Isto é, a tendência de redução das taxas de imposto em análise é financiada parcialmente pelo alargamento da base tributável.

Em países com o modelo clássico do CIT, a definição de uma base tributável é extremamente complexa e inclui uma ampla gama de regras e normas nos códigos fiscais, e até mesmo em documentos legislativos avulsos como forma de conferir à incidência uma grande amplitude.

O CIT em diferentes países calcula-se de forma diferente, mas, em geral, costuma-se destacar duas formas do modelo clássico: europeu (continental) e anglo-americano (anglo-saxão). A forma europeia (modelo de dependência entre a Contabilidade e a Fiscalidade) assume que quase não há contabilidade fiscal independente, e o lucro da contabilidade financeira após certos ajustamentos previstos por lei utiliza-se para os fins tributários. A anglo-americana (modelo de independência entre a Contabilidade e a Fiscalidade) prevê a existência de uma contabilidade fiscal (para fins do CIT) paralelamente com a contabilidade financeira (Serebryansky, Smirnov, & Ogorodnikova, 2008, p. 75).

Nota-se que o modelo europeu clássico é o mais comum entre os países da UE (exceto a Estónia), a maioria dos quais são membros da OCDE. No entanto, isso não significa que seja livre de problemas e aceitável para todos os países. No mínimo, o nível institucional, político e económico de desenvolvimento do país deve ser levado em conta. O modelo clássico tem uma série de deficiências bem conhecidas, tais como o problema de prejuízos acumulados de períodos anteriores, a depreciação separada para fins tributários, o desenvolvimento insuficiente de normas e regras para tributar negócios digitais, o planeamento agressivo bem-sucedido, etc.

Além do nível da taxa e do alargamento da base tributável, os Estados, ao moldarem as suas políticas relativamente à tributação das sociedades, também devem considerar outras componentes tais como as isenções, os benefícios e os incentivos fiscais, a dupla tributação, a relação com o PIT (a questão da integração), a complexidade da tributação e os aspetos internacionais (Johansson, Heady, Arnold, Brys, & Vartia, 2008, pp. 40-41).

A combinação das tendências, problemas a resolver e objetivos a atingir acima indicados criam os pré-requisitos para uma reforma profunda dos CIT's existentes. "For too long, (...) tax reforms have been approached ad hoc, without regard to their effects on the evolution of the tax structure as a whole. As a result, many parts of our system seem to lack a rational base. Conflicting objectives are pursued at random; and even particular objectives are pursued in contradictory ways." (Taverne, 1978, p. XI).

Muitos políticos nos países da OCDE estão preocupados com a manutenção dos seus atuais níveis do CIT, especialmente quando a base tributável cada vez se torna mais móvel, e como criar um clima de investimento mais atrativo para os investidores nacionais e estrangeiros. Em princípio, estes objetivos podem ser alcançados por meio de uma reforma profunda do CIT. No entanto, na prática, uma reforma profunda é muitas vezes difícil de implementar devido aos compromissos entre as considerações de simplicidade, eficiência, neutralidade e equidade, bem como potenciais consequências internacionais, transitórias e nas receitas fiscais (Johansson, Heady, Arnold, Brys, & Vartia, 2008, p. 34).

Muitos investigadores e, em especial, o Comité Meade³ têm recomendando que em vez de tributar o rendimento das sociedades os Estados podem implementar um CIT sobre os fluxos de caixa, ou a Cash-Flow Taxation (CFT). Destacam-se 3 formas do CFT, ou seja, 3 bases tributáveis: a base R, correspondente a fluxo operacional de caixa (rendimentos menos todos os gastos da atividade operacional incluindo os ativos fixos), a base R+F, correspondente à base R mais operações financeiras (exceto as transações relacionadas com capital próprio, ações e dividendos) e base S (chamada S-based CFT), que é igual aos dividendos pagos, nomeadamente o lucro distribuído menos o lucro reinvestido, ou seja menos os ganhos resultantes da emissão de novas ações).

Uma experiência bem-sucedida e bastante interessante de reforma profunda do CIT foi demonstrada pela Estónia, que ao contrário de outros países da UE usa o modelo de CFT. Em 2000 o país realizou uma reforma fiscal única no mundo àquela época, tendo abandonado o modelo clássico do CIT em favor da tributação do lucro distribuído (S-based CFT).

2. A tributação do lucro das sociedades na Estónia

A Estónia tem só uma lei sobre a tributação do rendimento (em seguinte – Lei) que abrange a tributação de ambas as esferas – as sociedades e as pessoas singulares. O benefício para os contribuintes é óbvio, ambos os regimes de tributação integram-se utilizando as mesmas regras, normas e definições. A Lei entrou em vigor no dia 1 de janeiro de 2000. Até aos dias de hoje, esta Lei já sofreu várias alterações; no entanto, os princípios e conceitos fundamentais mantêm-se inalterados.

O CIT na Estónia é um regime único, de acordo com o qual a tributação do lucro das sociedades é adiada desde o momento de obtenção até ao momento de distribuição (Parlamento da Estónia, 1999). A Lei prevê duas formas possíveis de distribuição do lucro – explícita e implícita.

A forma explícita, prevista no art.50o, representa os dividendos e outras distribuições do lucro. O imposto paga-se sobre o lucro distribuído na forma de dividendos ou outras distribuições do lucro em dinheiro ou em espécie. O lucro distribuído, constituído pelos dividendos recebidos de uma participação igual ou superior a 10% no momento da distribuição, podem ser isentos da tributação mediante algumas condições.

A forma implícita da distribuição do lucro apareceu na primeira versão da Lei, continua a evoluir, alargando a base tributável do imposto, e consiste na tributação de algumas despesas introduzida pelo legislador estónio e por força das imposições da UE e da OCDE. Para prevenir o abuso por parte dos sócios e acionistas, nomeadamente a intenção de poder sobrepor as suas despesas privadas com a esfera negocial, o imposto tributa as ofertas, doações e outras despesas não relacionadas com a atividade empresarial.

A taxa do imposto é de 20% (a mesma taxa para o PIT) e nos casos da distribuição

3 O Comité presidido pelo Pr. James Meade, que recebeu o Prémio Nobel da Economia em 1977, foi criado pelo Instituto de Estudos Fiscais do Reino Unido para examinar o sistema fiscal como um todo, para estabelecer os objetivos do sistema fiscal e, à luz dessa investigação, propor possíveis reformas. O Comité contrapôs-se à tributação direta. Uma das sugestões foi a transição para a tributação baseada nos fluxos de caixa.

regular é de 14%. Em geral o lucro distribuído não se tributa na esfera das pessoas singulares exceto nos casos de distribuição regular com a taxa de 14% em que passa a existir uma retenção na fonte do PIT com a taxa de 7%. A obrigação declarativa e de pagamento é mensal.

Em 2007, após alguns anos da Reforma fiscal, Mart Laar, Primeiro-Ministro da Estónia de 1999 a 2002, disse: “We decided that the entire tax system should favor savings and investments and encourage people to create new wealth. The tax system in Estonia had to be simple, inexpensive to apply, and transparent and understandable to the taxpayers” (Laar, 2007, p. 9)

O sistema de tributação das sociedades da Estónia entrou em vigor em 2000, ganhou considerável interesse dos investigadores de sistemas fiscais e de direito fiscal devido às suas características e às diferenças face ao sistema de tributação tradicional. A discussão dos problemas que pudessem surgir na Estónia em relação ao funcionamento do novo imposto a partir de 1 de janeiro de 2000 surgiu muito antes da sua introdução. No entanto, uma parte dos problemas esperados não aconteceu após a implementação, e os que tinham ocorrido foram rapidamente eliminados.

Ultimamente muitos países têm discutido intensamente a necessidade de reformar a tributação do rendimento das sociedades. O modelo estónio de tributação das sociedades pode ser considerado como uma alternativa ao modelo clássico do CIT. Há 3 países que implementaram o modelo da Estónia: a Macedónia (2009), a Geórgia (2017) e a Letónia (2018). Para além destes países, a Ucrânia está na etapa de discussão sobre a possibilidade de introdução do modelo de tributação das sociedades adotado pela Estónia.

3. A avaliação do modelo do imposto sobre o lucro distribuído na Estónia

Depois de 10 anos da implementação surgem as primeiras dúvidas e algumas vozes sobre o abandono do imposto sobre o lucro distribuído. Os críticos podem facilmente justificar os seus argumentos apontando, por exemplo, para os bancos que operam na Estónia. O lucro líquido da Swedbank no ano de 2011 foi de 443 milhões de euros, tendo o banco pago apenas 2 milhões de euros de imposto sobre o lucro distribuído. De acordo com as DF do SEB Banco (um dos líderes da região), o lucro líquido no ano de 2011 foi de 98 milhões de euros e em 2010 foi de 54 milhões de euros. Assim, nos últimos 2 anos, o lucro do SEB chegou a 152 milhões de euros, mas o imposto não foi pago. Se a Estónia usasse o sistema clássico da CIT, o Swedbank e o SEB pagariam 122,8 milhões de euros. Por outras palavras, se a Estónia tivesse um imposto clássico, o Swedbank teria de pagar o imposto equivalente aos gastos da segunda maior cidade da Estónia em creches, escolas de música, serviços de manutenção das vias públicas, educação e proteção social (Tigasson, 2012).

Uma parte significativa das maiores e mais lucrativas empresas da Estónia, designadamente empresas bancárias e de telecomunicações, pertencem a proprietários estrangeiros que lucram aqui, mas não pagam impostos. Os empréstimos são fornecidos a outras empresas no exterior do mesmo grupo e são aumentados regularmente. Assim, o lucro é retirado da Estónia, embora formalmente o lucro não

tenha sido distribuído e o imposto não tenha sido pago à Estónia. Os oponentes podem dizer que o empréstimo é um investimento que será devolvido com juros no futuro, mas o dinheiro tem um valor temporário (Tigasson, 2012).

Os estudos apontam também que a reforma aumentou a liquidez e reduziu a dependência das sociedades em relação ao financiamento externo. Ao nível macroeconómico, a reforma parece ter conduzido a uma diminuição notável nas receitas do CIT, inclusive durante o boom de 2004-2007. O CIT na Estónia é essencialmente cíclico e não contribui para estabilizar o ciclo económico. Também é perceptível que, embora a reforma tenha beneficiado empresas na Estónia, é mais difícil identificar efeitos positivos ao nível macroeconómico. A produtividade do trabalho e o PIB na Estónia não cresceram mais rápido do que na Letónia e na Lituânia. Os benefícios da Reforma de 2000 são bastante difusos, especialmente ao nível do país – sendo claramente visível uma receita fiscal mais baixa e acíclica. O sistema de tributação de dividendos da Estónia foi criado numa altura em que era difícil para as empresas terem acesso a financiamento externo, uma vez que os mercados de capitais na Estónia não estavam suficientemente desenvolvidos e eram afetados pela crise russa (Karsten, 2014, p. 9).

Face ao que foi exposto, surge a ideia de que alguns especialistas acreditam que o imposto em análise chegou ao seu fim. Mas qual é a opinião do Governo da Estónia? A Estratégia Orçamental do Estado para o período de 2018-2021, aprovada em 2017, prevê:

- O principal objetivo da política fiscal do Governo é apoiar a estabilidade macroeconómica através da flexibilidade e eficiência do mercado, e gerir os riscos para o desenvolvimento equilibrado da economia. O objetivo da política fiscal do Governo é pelo menos o equilíbrio estrutural do setor governamental a médio prazo, que corresponde às exigências da lei básica do orçamento do Estado (Governo da Estónia, 2017, p. 76).

- O objetivo do Governo é garantir uma política fiscal sustentável que equilibre a macroeconomia. O objetivo é que as decisões de política fiscal maximizem a estabilidade macroeconómica, direcionem os riscos para o desenvolvimento económico equilibrado e melhorem o potencial de crescimento e o emprego (Governo da Estónia, 2017, p. 76).

- Um dos objetivos da política fiscal tem sido deslocar a carga fiscal da tributação de rendimentos para o consumo, o consumo de recursos naturais e a poluição ambiental por meio da reorientação parcial dos impostos. Ao mesmo tempo, continuar a manter o sistema estável, simples e transparente, com tão poucas exceções e especificações quanto possível (Governo da Estónia, 2017, p. 97).

Não se encontra nenhuma menção de alguma reforma do imposto, nem suposição de que isso deva ser feito. Mas trata-se apenas da manutenção de um sistema fiscal estável, simples e transparente, que de acordo com a opinião comum são as características do imposto estónio sobre o lucro distribuído.

Uma das questões mais importantes que surgiu mesmo antes da introdução do imposto em análise e após a introdução para aqueles que o conheçam pela primeira vez, é se pode este modelo de tributação existir no domínio do direito fiscal europeu.

4. O futuro do imposto sobre o lucro distribuído na Estónia – considerações finais

O governo da Estónia, tendo introduzido o imposto sobre o lucro distribuído em 2000, saiu dos contornos do sistema de tributação das sociedades clássico. A análise desta experiência conduz às seguintes conclusões sobre o S-based CFT:

- Não se verificam incompatibilidades deste sistema de tributação com o Direito da UE. Atualmente, a Estónia não tem planos para abandonar o seu imposto, e não há requisitos da CE relativamente à abolição do imposto ou à alteração do mesmo⁴. Além disso, outro membro da UE, a Letónia, a partir de 2018 também introduziu este modelo de tributação. Em 09.12.2010, ao assinar a Convenção da OCDE, a Estónia confirmou a sua dedicação plena à consecução dos objetivos fundamentais da Organização, e em 29.06.2018 o país assinou a Convenção Multilateral para Prevenir a Erosão de Base Tributável e a Transferência de Lucros (Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting). Tais factos, como a adesão da Estónia à UE em 2004 com o seu imposto, já moldado, a adesão à OCDE e a cooperação com o FMI, excluem a necessidade de mais análise e deixam perceber que a comunidade mundial reconhece o modelo estónio. Como foi demonstrado, embora o sistema fiscal da Estónia mantenha as suas diferenças em relação aos sistemas tradicionais devido ao adiamento da tributação até à distribuição de lucro, cumpre todos os requisitos fundamentais estabelecidos para o sistema tradicional do CIT. Como resultado, considera-se que o imposto da Estónia, estando em conformidade com requisitos impostos pelo Direito da UE, continua a ser uma boa alternativa ao modelo

4 Na jurisprudência do TJUE, existe um princípio bem estável de que a tributação direta é da competência dos Estados-membros que devem, no entanto, exercer esta competência em conformidade com a legislação comunitária (por exemplo: Caso C-446/03, Marks & Spencer, 2005, parágrafo 29; Caso C-196/04, Cadbury Schweppes and Cadbury Schweppes Overseas, 2006, parágrafo 40; Caso C-374/04, Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation, 2006, parágrafo 36). Por isso, é tão importante avaliar se o sistema de CIT da Estónia é compatível com a legislação da UE.

Em primeiro lugar, vale a pena prestar atenção ao requisito de mudança do sistema fiscal apresentado na adesão à UE, nomeadamente, uma cláusula relativa ao incumprimento das normas da Diretiva 90/435/CEE do Conselho, de 23 de Julho de 1990, relativa ao regime fiscal comum aplicável às sociedades-mãe e sociedades afiliadas de Estados-membros diferentes, que foi revogada em 17.01.2012 e substituída pela Diretiva 2011/96/UE do Conselho, de 30 de Novembro de 2011. No sistema de CIT na Estónia, os lucros das sociedades afiliadas (tal como em todas as sociedades) são tributados pela primeira vez quando são distribuídos, ou seja, a tributação dos lucros das sociedades é diferida, e não há mais qualquer retenção na fonte sobre os dividendos distribuídos a uma empresa-mãe, independentemente do domicílio da empresa-mãe. Assim, o sistema de CIT da Estónia não dá origem a qualquer dupla tributação ou tratamento desvantajoso de dividendos transfronteiriços em comparação com os dividendos internos. Consequentemente, o sistema de CIT da Estónia está em conformidade com o objetivo da Diretiva sobre as sociedades-mãe e as sociedades afiliadas.

Assim, como se pode inferir do acima exposto, não existe qualquer derrogação ao artigo 5.º, n.º 1, da Diretiva Sociedades-Mães e Afiliadas, no caso do sistema de CIT da Estónia. A proibição de retenção na fonte dos dividendos pagos por uma filial à sua empresa-mãe, conforme estipulado no artigo 5.º, n.º 1, visa evitar a dupla tributação. O CIT da Estónia é o único imposto cobrado sobre os lucros da subsidiária e, portanto, não dá origem à dupla tributação dos lucros distribuídos. O simples facto de que a obrigação fiscal surge quando os lucros são distribuídos não é suficiente para considerar o imposto como um imposto retido na fonte. Além disso, se o contribuinte é uma subsidiária, o CIT incidente sobre os seus lucros e constitui a primeira tributação de tais lucros, este imposto não pode, de modo algum, ser considerado como um imposto retido na fonte. Esta afirmação é apoiada por alguns julgamentos do TJUE: em 2006 no Caso C-446/04; em 2007 no Caso C-231/05; em 2008 no Caso C-284/. Depois do último caso em consideração transitado em julgado, ficou claro que não há realmente nenhuma necessidade de alterar o sistema de tributação das sociedades da Estónia para o colocar em linha com a Diretiva. Quanto a outras fontes do Direito Fiscal Europeu, a lei estónia sobre o imposto em análise contém as definições baseadas na transposição das diretivas da UE e não impõe requisitos mais rigorosos do que os destas diretivas.

clássico do CIT. De realçar que, em 2018, a Estónia apareceu destacada na classificação anual da competitividade de sistemas fiscais dos países da OCDE, organizada anualmente desde 2014 pela Tax Foundation.

- Esta forma de tributação contribui para a implementação dos princípios de uma política fiscal razoável, nomeadamente os princípios da estabilidade, transparência, competitividade e simplicidade. É o último princípio, simplicidade, ou seja, simplicidade da carga fiscal, simplicidade do cálculo da base tributável, simplicidade do cumprimento das obrigações (declarativas ou de pagamento), simplicidade de recuperação de todos os tipos de despesas, simplicidade do sistema de benefícios e incentivos fiscais, simplicidade da integração com o PIT, que assegura a obediência a outros princípios. A estrutura simples do imposto minimiza a necessidade de mudanças continua nas regras e normas. A simplicidade das regras e normas aumenta a transparência para todos os agentes económicos. Simplicidade, estabilidade e transparência tornam o sistema de tributação das sociedades mais atraente, ou seja, competitivo, internacionalmente.

- Esta forma de tributação deve contribuir para a ativação do ambiente económico ao nível empresarial a curto prazo, o que estimula o desenvolvimento da economia do país a médio e longo prazo. Sempre existem os riscos de que isso não aconteça devido ao desenvolvimento da economia internacional e dos ciclos económicos internacionais.

- Esta forma de tributação, ao nível empresarial, a curto prazo contribui para atrair o investimento, aumentar o reinvestimento e acumular os lucros retidos, o que aumenta a liquidez das sociedades, reduz a necessidade de financiamento por dívida e melhora o acesso aos mercados de capitais externos. No entanto, a acumulação de ativos correntes de alta liquidez não provoca a obrigação de investimento ou de alargamento de produção. O sistema de tributação não é nem deve ser um fator decisivo na tomada de decisões.

- Esta forma de tributação cria riscos para a política orçamental a curto prazo. Devem ser encontradas fontes de financiamento da reforma, nomeadamente a queda na receita fiscal. Ao permitir que as empresas determinem o período de tributação o país torna-se num parceiro, ou seja, um investidor sem direito direto de influenciar como decisões de gestão. A médio e longo prazo, o investimento no país, o aumento da produtividade, o aumento do emprego devem provocar o crescimento de toda a economia e, consequentemente o aumento da receita fiscal proveniente de outros impostos. O cenário é mais teórico. Por exemplo, os resultados macroeconómicos da Estónia são bastante vagos, o que pode ser causado tanto por fatores internos (incluindo outras reformas) quanto por fatores externos independentes da Estónia, e frequentemente refletem as tendências de outros países da região báltica.

- Tem sido considerado pela literatura que esta forma de tributação não assegura o princípio da neutralidade, ou seja, o imposto afeta, mas não deve, as seguintes decisões: a escolha do financiamento na forma de capital social ou dívida; e a escolha entre consumo ou poupança, investimento presente e futuro. No sistema S-based CFT teórico, tal como no modelo clássico de tributação das sociedades, é dada preferência ao financiamento por dívida porque os juros reduzem o lucro financeiro,

o imposto a pagar, e não estão sujeitos à tributação direta. A Estónia tenta restaurar esta neutralidade: sob certas condições, os empréstimos são considerados a forma oculta da distribuição do lucro e alargam a base tributável. Em relação à neutralidade entre consumo e poupança, entre investimento presente e futuro, o S-based CFT deve estimular a acumulação de lucros no negócio para investimento e expansão, ou seja, incentivar o consumo atual tão importante para o crescimento económico. A experiência da Estónia mostra que o imposto em questão pode ser considerado bastante neutro nesta direção, pois a acumulação do lucro nas empresas nem sempre provoca investimento e expansão de atividade, mas pode causar o aumento dos ativos correntes na forma de poupança.

É importante salientar que há muitos fatores não relacionados com os impostos que afetam o crescimento económico de um país. No entanto, o imposto sobre o lucro distribuído pode desempenhar um papel importante na saúde da economia.

Referências Bibliográficas

Comissão Europeia. (2015). Questions and Answers on the Action Plan for Fair and Efficient Corporate Taxation in the EU. Bruxelas. Obtido em 10 de dezembro de 2018, de http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-15-5175_en.htm

Governo da Estónia. (2017). Estratégia Orçamental do Estónia para o período de 2018-2021. Tallin. Obtido em 27 de fevereiro de 2019, de https://online.le.ee/wp-content/uploads/2017/04/RES_2018-2021.pdf

Johansson, Å., Heady, C., Arnold, J., Brys, B., & Vartia, L. (2008). Tax and Economic Growth. Paris. Obtido em 25 de novembro de 2008, de <https://www.oecd.org/tax/tax-policy/41000592.pdf>

Karsten, S. (2014). Corporate Income Taxation in Estonia. Is It Time to Abandon Dividend Taxation? Tallin. Obtido em 15 de março de 2019, de <http://www.tutecon.eu/index.php/tutecon/article/view/9/27>

Laar, M. (2007). The Estonian Economic Miracle. (2060). Washington: Heritage Foundation. Obtido em 10 de março de 2019, de <https://www.heritage.org/report/the-estonian-economic-miracle>

Parlamento da Estónia. (1999). Lei do imposto sobre o rendimento. Atualizado para 01.01.2019. Tallin. Obtido em 01 de janeiro de 2019, de <https://www.riigiteataja.ee/akt/119112010007?leiaKehtiv>

Serebryansky, D., Smirnov, O., & Ogorodnikova, I. (2008). International experience in the harmonization of financing accounting and tax accounting for corporate income tax. Irpen. Obtido em 5 de dezembro de 2018, de <http://ndi-fp.nusta.com.ua/files/doc/publications/smirnova/mign-dosvid-garmon.pdf>

Taverne, D. (1978). Prefácio of Director of the Institute for Fiscal Studies to Meade Report. XI-XII. London. Obtido em 15 de dezembro de 2018, de <https://www.ifs.org.uk/docs/meade.pdf>

Tigasson, K.-R. (2012). O sistema tributário corporativo está sob crítica. Tallin: Delfi Estónia. Obtido em 15 de fevereiro de 2019, de <https://epl.delfi.ee/news/eesti/ettevotetulumaksu-susteem-kriitika-all?id=65133400>.

Lavagem de dinheiro e comportamento organizacional em contexto de anomia

Money laundering and organizational behavior in the context of anomie

Rômulo Pinto de Lacerda Santana¹

Sumário: 1. Contexto da Lavagem de Dinheiro no Brasil; 2. Do Estado de Anomia na Perspectiva Durkheimiana; 3. Do Comportamento do Empreendedor; 4. Das Evidências Empíricas do Papel dos Fraudadores; 5. Análise dos Estudos Empíricos com Foco no Comportamento Organizacional; 6. Conclusões.

Resumo: Este estudo teve como objetivo fazer uma análise transversal entre causas e consequências do fenômeno da lavagem de dinheiro no Brasil, prática culturalmente inserida no cotidiano de diversas organizações diante da corrupção endemicamente instalada nas práticas corporativas de parcela considerável das empresas e potencializada pela atuação ilícita de diversos agentes públicos. Diante da cultura do mau comportamento organizacional existente no Brasil, há necessidade de potencializar a mudança deste tipo de prática, de forma estruturada e sistêmica, não somente com atuação interna, por instrumentos de compliance, auditoria e comunicação empresarial, mas pela atuação firme e coordenada dos aparelhos estatais de fiscalização, prevenção e repressão aos delitos em geral, com foco nas infrações de ordem econômico-financeira, tributária e lavagem de dinheiro, que subsidiam a existência de vastas organizações criminosas, as quais influenciam negativamente toda a vida em sociedade. Desta forma, diante da complexidade do tema e da multiplicidade de discussões a serem debatidas, o estudo em exame se prestou ao que propôs, sem obviamente esgotá-lo, mas evidenciando cenários estabelecidos e sugerindo formas de resolução dos conflitos observados, sem negligenciar o fato de que se trata de contexto situacional extremamente delicado, de inexistente solução simplista e que não considere todas as variantes existentes.

Palavras-chave: Lavagem de Dinheiro; Mudança Organizacional; Operação Lava Jato

Abstract: This study aimed to carry out a cross-sectional analysis between causes and consequences of the phenomenon of money laundering in Brazil, a practice culturally inserted in the daily life of several organizations in face of corruption endemically installed in corporate practices of a considerable part of companies and enhanced by the illicit action of several public agents. Facing the culture of bad organizational behavior existing in Brazil, there is a need to enhance the change of this kind of practice, in a structured and systemic way, not only with internal performance, by compliance instruments, auditing and corporate communication, but also by the firm and coordinated performance of the state apparatuses of inspection, prevention and repression of crimes in general, with focus on violations of economic-financial order, tax and money laundering, which subsidize the existence of vast criminal organizations, which negatively influence all life in society. Thus, in face of the complexity of the theme and the multiplicity of discussions to be debated, the study under examination lent itself to what it proposed, without obviously exhausting it, but evidencing established scenarios and suggesting ways of solving the conflicts observed, without neglecting the fact that this is an extremely delicate situational context, of non-existent simplistic solution and that it does not consider all the existing variants.

Keywords: Money Laundering; Organizational change; Car Wash Operation

¹ Mestrando em Ciências Jurídico-Econômicas da Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Especialista em Direito Tributário e Processo Tributário pela Escola Superior da Advocacia, da OAB/PB. Advogado. Membro da Área Científica de Direito Tributário e Financeiro do Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos. Diretor Técnico da Fundação Sol Nascente. E-mail: romulopsantana@gmail.com.

1. Contexto da Lavagem de Dinheiro no Brasil

Em um período de globalização intensa de serviços, pessoas, bens e capitais, há de se ter em mente a necessidade de superação da tradicional tutela dos direitos individualizados, dando primazia à realidade da tutela de direitos de natureza transindividual, com a existência de uma sociedade de massa, que não respeita a fronteira entre os diversos Estados, surgindo questões que necessitam de análises cooperativas e regulatórias para atingirem a sua resolução, sendo a problemática da Lavagem de Dinheiro um dos fenômenos mais perversos do século XXI, tendo em vista inclusive os graves problemas decorrentes sob o aspecto de ética empresarial no ambiente de negócios.

Neste contexto, o Brasil, tardiamente, aprovou a tipificação do delito através da Lei nº 9.613/1998 (apenas em meio ao fenômeno da globalização dos mercados e das organizações criminosas, atuantes em escala global), norma esta alvo de muitas críticas e que, para se adequar à realidade internacional de combate ao branqueamento de capitais, sofreu importante revisão, através da Lei nº 12.683/2012, a qual, entre outras mudanças, retirou o rol taxativo de delitos prévios necessários para o cometimento do delito.

Dessa forma, há necessidade de cooperação internacional entre as diversas regiões atingidas pela homogeneização dos mercados, através da ingerência de grandes corporações transnacionais e das grandes organizações criminosas, através do tráfico de armas e drogas, o financiamento às práticas terroristas, e mesmo espaços políticos de atuação institucionalizada nos Estados nacionais, cultivando a política do suborno e da corrupção, em que a lavagem de dinheiro se encontra inter-relacionada a todas estas atividades.

Assim, utiliza-se do conceito de BRAGA² para se considerar lavagem de dinheiro como todo o processo mediante o qual se oculta ou dissimula a existência, a fonte ilegal, a procedência, o movimento e o destino de bens procedentes de atividades ilegais, com o fim de criar uma aparência lícita, quase sempre utilizando o sistema financeiro e econômico para levar a cabo dito processo.

Desse modo, o estudo do delito em comento, no plano de sua efetividade quanto à condenação dos acusados e à recuperação dos valores desviados, está ligado ao Estado (neste caso o brasileiro), aos seus mercados e ainda aos sujeitos sociais, tendo em vista atuar sobre a jurisdição e a economicidade no sentido de causação, de prejuízos tanto à administração da justiça de uma nação como à sua ordem socioeconômica.

O presente estudo objetiva analisar causas e consequências evidenciadas pelo desenrolar da Operação Lava Jato, tomando por base o comportamento organizacional dos seus líderes em um estado social de anomia, caracterizado como fato social patológico, no sentido de sugerir formas de influenciá-los ou mesmo compeli-los à consecução da necessária mudança da cultura organizacional de suas respectivas empresas, proporcionando a alteração do mau comportamento organizacional e a

2 BRAGA, Romulo Rhemo Palitot. Lavagem de dinheiro: fenomenologia, bem jurídico protegido e aspectos penais relevantes. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2013, p. 126.

extinção ou ao menos ausência da utilização de procedimentos ligados ao chamado jeitinho brasileiro.

2. Do Estado de Anomia na Perspectiva Durkheimiana

Em recente estudo empreendido por GONÇALVES e ANDRADE³, verificou-se que a corrupção descoberta pela Operação Lava Jato é um fato social patológico presente na estrutura de diferentes órgãos e instituições que afeta a ordem social, decorrente de um estado de anomia no qual os indivíduos não aderem às normas sociais e morais vigentes.

Para tanto, utilizou-se a teoria do sociólogo Émile Durkheim, que conceituou fatos sociais⁴ como toda maneira de fazer, fixada ou não, suscetível de exercer sobre o indivíduo uma coerção exterior. Assim, segundo a referida teoria, estes podem ser caracterizados como normais, que tem um fim social, ou patológicos, relacionados à desestabilização da ordem social, ocorrendo, por exemplo, quando o crime atingir níveis tão alarmantes que seja capaz justamente de causar este desequilíbrio na ordem da vida em sociedade.

Por sua vez, segundo GONÇALVES e ANDRADE⁵, a anomia consiste em uma condição de ausência de normas sociais capazes de regular as relações interpessoais entre os indivíduos de determinada sociedade, impossibilitando o controle por parte das instituições. Como estudo de caso do referido trabalho, utilizou-se a observação sobre a Operação Lava Jato, maior investigação sobre corrupção existente em solo brasileiro, deflagrada em 17 de março de 2014 pela Polícia Federal do Brasil⁶.

Voltando-se à teoria de Durkheim, visualiza-se a situação de anomia no que concerne à corrupção brasileira através de dois aspectos observados durante as investigações na Operação Lava Jato, quais sejam, (1) multiplicidade de ocorrência de condutas delituosas (sobremaneira corrupção ativa e passiva, lavagem de dinheiro, evasão de divisas e organização criminosa); e (2) impunidade dos agentes corruptos, ocasionando certo estímulo à prática dos fatos ilícitos em decorrência das altas cifras envolvidas.

Por sua vez, para se comprovar igualmente o cenário de fato social patológico com que a corrupção no Brasil leva à desestabilização da sociedade, foram utilizados mais dois aspectos relevantes: (1) a corrupção como um fato social externo e coercitivo, pois que os atos criminosos eram praticados desde a década de 1990, o que incentivou a continuidade de sua prática até os dias atuais, atingindo cifras bilionárias; e (2) a corrupção afeta a ordem social, tendo em vista as vantagens experimentadas pelas empresas investigadas. Por fim, registre-se que os maiores partidos políticos brasileiros são aqueles que receberam as maiores cifras de doações de campanha por parte das empresas igualmente envolvidas.

3 GONCALVES, Vinícius Batista, e ANDRADE, Daniela Meirelles. A corrupção na perspectiva durkheimiana: um estudo de caso da Operação Lava Jato. Rev. Adm. Pública [online]. 2019, vol.53, n.2, pp.271-290. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122019000200271&lng=en&nrm=iso>. ISSN 1982-3134.

4 DURKHEIM, Émile. As regras do método sociológico 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 13.

5 GONCALVES, Vinícius Batista, e ANDRADE, Daniela Meirelles. Op. cit., p. 3.

6 Mais informações e dados através do sítio eletrônico <<http://www.pf.gov.br/imprensa/lava-jato>>.

Deste modo, o estudo conclui, de forma a influenciar o entendimento esposado nesta pesquisa, que a corrupção envolve membros de diferentes órgãos e instituições sociais, o que, impulsionado pela morosidade ou ausência de punição por parte do Poder Judiciário, possibilita a incrustação de tal conduta na consciência social da coletividade.

Por isto, tendo em vista o envolvimento de parcela de agentes políticos e autoridades do setor produtivo, com representantes do Poder Público e da iniciativa privada em todo Brasil, integrantes de espectros políticos diversos e até opostos, constata-se que as normas das instituições são moldadas para permitir o fato social patológico da corrupção, que incide em consequências danosas para a sociedade, pois atinge o sistema democrático, com ganhos privados em detrimento de ações em prol do interesse público⁷.

Assim, a corrupção age como um fato social patológico, decorrente de um estado de anomia social, sendo reproduzida na arquitetura das instituições sociais e no modo de agir dos indivíduos, que, por seu turno, propagam essa situação de desregramento das normas sociais.

3. Do Comportamento do Empreendedor

Outro estudo científico bastante esclarecedor é o de BELO⁸, que objetivou compreender como se manifesta o *misbehavior*⁹ de empreendedores associado às práticas de evasão fiscal em micro e pequenas empresas, sob a ótica do *jeitinho brasileiro*¹⁰, tendo base em entrevistas feitas com contadores que prestam serviços para micro e pequenas empresas e empreendedores que atuam como proprietários de organizações deste porte.

Conforme conclusão estabelecida no estudo, identificou-se que a evasão fiscal é uma prática comum entre os empreendedores e que costuma ser justificada por um somatório de fatores, quais sejam: baixa percepção do retorno dos tributos arrecadados por parte da gestão pública, percepção de impunidade e baixa fiscalização pelos órgãos de controle, e busca pela maximização dos rendimentos, principalmente como forma de sobrevivência dos negócios. A análise dos dados apontou que a sonegação fiscal está associada ao mau comportamento do empreendedor que, para contornar as situações adversas que impedem a manutenção ou crescimento de sua empresa, utiliza intencionalmente a evasão fiscal como um jeito de obter os

7 GONCALVES, Vinícius Batista, e ANDRADE, Daniela Meirelles. Op. cit., p. 17.

8 BELO, Marina Emanuelli. Evasão fiscal em micro e pequenas empresas: reflexões sobre o comportamento empreendedor. 2019. Dissertação (Mestrado em Administração) - Universidade Tecnológica Federal do Paraná, Curitiba, 2019.

9 Organizational *misbehavior* ou mau comportamento organizacional é definido como o conjunto de atitudes realizadas pelos membros da organização, de maneira intencional, e que resultam na violação de regras, normas e padrões sociais (VARDI e WIENER, 1996). No contexto deste trabalho, pode ser entendido como uma ação que ocorre de maneira intencional, porque ocorre a partir de uma análise racional em que o empreendedor pondera os riscos e os benefícios do ato ilícito, e que resulta na quebra de regras para obtenção de benefícios.

10 Nesta perspectiva, aparece como um mecanismo social que permite burlar a fiscalização e fugir da burocracia por meio da evasão fiscal, diante da suposta sensação de injustiça do sistema político, em que os empreendedores buscam constantemente contornar as situações adversas que surgem no ambiente de negócios, principalmente a carga tributária e a burocracia do sistema fiscal, que dificultam a manutenção e o desenvolvimento das micro e pequenas empresas no país (BELO, 2019, p. 100).

resultados desejados.

Os estudos supracitados se relacionam, tendo em vista que, para os entrevistados, crescentes casos de corrupção pública e sensação de injustiça do sistema fiscal contribui para que os empreendedores brasileiros utilizem destes fatores para legitimar suas ações de evasão fiscal. Restou constatada ausência de arrependimento diante do comportamento admitido pelos entrevistados, explicado pela redução da sensação de ilegalidade da sonegação fiscal quando associada à necessidade de sobrevivência das organizações¹¹.

Nova relação à ideia de fato social patológico se dá quando os resultados da pesquisa apontam que os empreendedores agem de modo intencional, decidindo investir na manutenção e ampliação do seu próprio negócio em detrimento do pagamento de impostos, através da identificação do custo-benefício da medida.

Importa ainda ressaltar conclusões desta pesquisa: (1) necessidade de conscientização tributária dos empreendedores, tendo em vista que objetivam justificar e legitimar suas práticas ilícitas em detrimento das suas responsabilidades sociais e econômicas como contribuintes; (2) maior atenção dos órgãos de fiscalização às práticas de sonegação dessas empresas, tendo em vista a sensação de baixa fiscalização e impunidade que contribuem para o fortalecimento desta cultura sonegatória; (3) o organizational misbehavior em pequenos negócios reflete o misbehavior do empreendedor, pois o comportamento organizacional destas empresas está fortemente associado ao comportamento individual do empreendedor que a conduz; (4) e tal se mostra como um reflexo do mecanismo social jeitinho brasileiro, em que há influência dos traços culturais nacionais no comportamento do empreendedor, ultrapassando, assim, a esfera individual¹².

4. Das Evidências Empíricas do Papel dos Fraudadores

Por fim, estudo feito por MARAGNO, KNUPP e BORBA¹³, através de análise sobre a Operação Lava Jato, trata sobre a compreensão dos vínculos que conectam os fraudadores e os seus cofraudadores em esquemas de corrupção e lavagem de dinheiro.

Concluiu-se que o comportamento organizacional dos líderes influencia os demais membros da organização ou pessoas que o auxiliam no cometimento dos crimes, conforme se visualizou através dos vínculos afetivos positivamente relacionados aos crimes de apropriação indébita, ocultação de provas e “testa de ferro”¹⁴.

O estudo em evidência tem como base o chamado conluio¹⁵ (ou co-offending),

11 BELO, Marina Emanuelli. Op. cit., p. 95.

12 BELO, Marina Emanuelli. Op. cit., p. 101.

13 MARAGNO, L. M. D.; KNUPP, P. de S.; BORBA, J. A. Corrupção, lavagem de dinheiro e conluio no Brasil: evidências empíricas dos vínculos entre fraudadores e cofraudadores no caso Lava Jato. Revista de Contabilidade e Organizações, [S. l.], v. 13, p. 5-18, 2019. DOI: 10.11606/issn.1982-6486.rco.2019.158510. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rco/article/view/158510>>.

14 Para o contexto em exame, entenda-se como aquele pelo qual se usa o nome para realização de atividades que beneficiem uma pessoa ou grupo criminoso, como por exemplo a abertura de uma empresa de fachada.

15 Conluio ou colusão é um ajuste ou combinação maliciosa ajustada entre duas ou mais pessoas, com o objetivo de enganarem uma terceira pessoa, ou de se furtarem ao cumprimento da lei (Vocabulário Jurídico. 18.^a edição. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 204).

que potencializa a fraude e ameaça mecanismos antifraude, buscando entender também as ligações existentes entre os fraudadores (ou co-offenders), não somente as motivações individuais para cometimento de delitos, utilizando-se como base a Operação Lava Jato.

Como fundamentação teórica, utilizaram-se do estudo de FREE e MURPHY¹⁶, os quais concluíram que os motivos dos fraudadores variam de acordo com três naturezas qualitativas dos laços entre os membros do grupo: (1) vínculos funcionais que servem ao indivíduo; (2) vínculos funcionais que servem à organização; e (3) vínculos funcionais¹⁷.

Assim, baseando-se em dez processos da Operação Lava Jato, foram identificados para construção do banco de dados do estudo a natureza do vínculo (afetivo e funcional), o papel no crime (líder, operacional, gerencial, laranja, doleiro¹⁸, traficante, político, cliente ou outro) e o tipo de crime (lavagem de dinheiro, evasão de divisas, corrupção, ocultação de provas, apropriação indébita, testa de ferro, tráfico ou outro), correlacionando-se com as características pessoais da pessoa (idade, gênero e experiência no cometimento de delitos).

Deste trabalho foram feitas conclusões que interessam a este estudo: (1) os líderes (e os doleiros) possuem experiência anterior ao crime, enquanto que os gerentes em sua maioria não, concluindo-se que a experiência é determinante em esquemas de corrupção e lavagem de dinheiro; (2) ao menos para os crimes de apropriação, corrupção, ocultação e testa de ferro, necessário algum tipo de vínculo significativo entre fraudadores, como profissional, familiar ou de amizade, em que a confiança em membros da família ou amigos é necessária para que o fraudador empreste o seu nome para que empresas de fachada sejam criadas e, ainda, realizem transações financeiras; (3) no caso das pessoas que ocupam cargos gerenciais, estas não apresentam relações com vínculos funcionais ou afetivos (família ou amizade), sugerindo que as relações são construídas após a cooptação do ato e, assim, desenvolvidas ao longo do tempo de forma restrita ao vínculo profissional¹⁹.

5 Análise dos Estudos Empíricos com Foco no Comportamento Organizacional

A corrupção pode ser entendida como problema de ação coletiva, principalmente em sociedades em que a corrupção é o comportamento esperado, como é o caso do Brasil. Segundo a teoria do problema de ação coletiva, a corrupção persiste porque o agente público percebe que todos os outros provavelmente são corruptos, de forma semelhante à teoria da escolha pública, em que a corrupção é explicada pelo cálculo

16 FREE, C., & MURPHY, P. R. (2015). The ties that bind: The decision to co-offend in fraud. *Contemporary Accounting Research*, 32(1), 18-54. DOI: <https://doi.org/10.1111/1911-3846.12063>.

17 MARAGNO, L. M. D.; KNUPP, P. de S.; BORBA, J. Op. cit., p. 4.

18 Neste contexto, entenda-se como o indivíduo incurso no delito do art. 16, da Lei 7.492/86 (que define os crimes contra o sistema financeiro nacional), o qual prevê como típico o ato de fazer operar, sem a devida autorização, ou com autorização obtida mediante declaração (Vetado) falsa, instituição financeira, inclusive de distribuição de valores mobiliários ou de câmbio. Pode ser bem compreendido como quem converte moedas de um país sem autorização ou além dos limites permitidos pelas leis vigentes.

19 MARAGNO, L. M. D.; KNUPP, P. de S.; BORBA, J. Op. cit., p. 10.

racional dos meios e fins²⁰. ASHFORTH & ANAND²¹ apontam que a motivação e a oportunidade de se envolver em corrupção depende de fatores ambientais (forte competição, aplicação legal e regulatória), organizacionais (baixo desempenho, complexidade estrutural) e, em menor grau, de fatores pessoais, coadunando-se igualmente com os estudos supracitados.

Diante do contexto socioeconômico e histórico vivenciado pelo Estado Brasileiro, demonstrado nos últimos anos através das dezenas de fases existentes da Operação Lava Jato, importa salientar que o ambiente de negócios, em considerável parcela dos setores produtivos da economia, encontra-se contaminado com profunda e corriqueira desviância no que concerne ao respeito às normas e regras estabelecidas em nosso ordenamento jurídico, gerando situação de ética empresarial frágil e falha.

Tal situação pode ser observada por nuances e dados fatores, como a corrupção endêmica, que gera uma situação de anomia e a existência de fato social patológico; o que acaba influenciando o jeitinho brasileiro ou o mau comportamento organizacional, devido, entre outros fatores, ao sentimento de impunidade, à burocracia estatal, à carga tributária sem retorno de serviços públicos de qualidade, à própria sobrevivência do empreendedor ao tentar maximizar os seus lucros, enfim, a uma gama de motivos que contribuem para a manutenção do status quo prejudicial ao ambiente corporativo.

Assim, em organizações que são levadas ao cometimento de crimes e que passam, através de seus líderes, a fazer parte de esquemas criminosos, a cultura organizacional estabelece como parâmetros de conduta a transgressão às normas estabelecidas, sendo, por mais contraditório, esta a atitude esperada em dadas condições. Desta forma, geralmente os líderes dessas organizações, muitas vezes seus próprios presidentes ou administradores, podem ser caracterizados como autocráticos e geralmente adotam postura transacional.

Diante deste contexto, em que há fatores internos e externos às organizações que influenciam os seus líderes ao cometimento de delitos, não é tarefa fácil a maturidade necessária entre estes atores para a mudança deste comportamento organizacional nocivo às instituições e à ordem socioeconômica, não há modo claro e objetivo para a alteração do cenário, podendo ser formuladas algumas hipóteses a respeito da problemática infirmada acerca do resultado abaixo do esperado da legislação antilavagem brasileira.

Diante da situação de completa desestabilização da ordem social em relação à cultura brasileira de transgressão de normas, entende-se que a solução para a mudança organizacional, do mau comportamento para o comportamento íntegro e honesto dos líderes e dos seus liderados, não passa apenas por campanhas de conscientização dos diversos atores dos setores públicos e privados, ou mesmo o massivo investimento em ferramentas de compliance²², auditoria interna e controle interno nos setores financeiro, bancário ou tributário como prevenção e combate à

20 JANCSICS, D. (2019). Corruption as resource transfer: An interdisciplinary synthesis. *Public Administration Review*, (79)4, 523-537. DOI: <https://doi.org/10.1111/puar.13024>.

21 ASHFORTH, B. E., & ANAND, V. The normalization of corruption in organizations. *Research in organizational behavior*, 25, 1-52. DOI: [https://doi.org/10.1016/S0191-3085\(03\)25001-2](https://doi.org/10.1016/S0191-3085(03)25001-2).

22 Neste contexto, entenda-se simplesmente como sinônimo de integridade, de respeito e aplicação das normas no desenvolvimento das atividades de uma organização.

lavagem de dinheiro.

Há que se visualizar diversos fatores que potencializaram a situação de ineficiência estatal, quais sejam, (1) somente a partir de 2012 a lei antilavagem se firmou com regramento plausível aos fins a que se destina; (2) a Administração Pública e seus órgãos de investigação ainda continuam desapealhados (física e estruturalmente) em comparação com as grandes organizações criminosas; (3) o Estado Brasileiro não é dotado de laços diplomáticos, contratuais e regulatórios bastantes para instrução, persecução e condenação em desfavor de organizações internacionalmente estabelecidas; (4) o que culmina com o inadequado acompanhamento da movimentação ilícita de capitais para outros países; e (5) problemas endêmicos existentes em nosso Estado, incluindo o Poder Judiciário, configurando cenário de lucratividade dos criminosos na consecução de seus negócios.

Por outro lado, salientem-se previsões já existentes no aparelhamento estatal brasileiro que possibilitaram o surgimento instrumentalizado e orgânico de investigações pelos órgãos de controle, sendo maior exemplo a Operação Lava Jato, quais sejam, (1) instituto da Colaboração Premiada, prevista pela Lei nº 12.850/2013 e também na Lei nº 9.613/1998, com redação atualizada pela Lei nº 12.683/2012, caracterizada pela doutrina como direito penal premial e com natureza jurídica de meio de obtenção de prova, pois as informações trazidas devem se coadunar com as provas a serem produzidas em instrução; (2) instrumentos de prevenção ao delito de lavagem de dinheiro, principalmente relacionada à prática da comunicação empresarial de condutas suspeitas aos órgãos de fiscalização e a realização de auditorias internas e externas, além do desenvolvimento de políticas de integridade e ferramentas de compliance; (3) importante contribuição do Banco Central do Brasil (como a Carta Circular 3.542/2012), e da Comissão de Valores Mobiliários (como a Instrução 301/1999), que vinculam a atuação das instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo BACEN, de onde advém parcela significativa dos valores ilícitos a serem branqueados por parte das organizações criminosas; e (4) a Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA), principal rede de articulação para o arranjo e discussões em conjunto com uma diversidade de órgãos dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário das esferas federal e estadual e, em alguns casos, municipal, bem como do Ministério Público de diferentes esferas, e para a formulação de políticas públicas e soluções voltadas ao combate àqueles crimes (corrupção e lavagem de dinheiro)²³.

Assim, para a mudança do comportamento organizacional dos líderes das empresas envolvidas com as condutas de lavagem de dinheiro, através da implementação de agenda que respeite a ética empresarial, não se vê possibilidade de mudança estrutural e contínua apenas com ações de cunho interno, dentro das organizações. Há necessidade de concreta e efetiva fiscalização do aparelho estatal no que concerne à prevenção e repressão de condutas delitivas, tanto em relação a agentes públicos como dos diversos setores produtivos, tendo em vista que a corrupção se trata de fenômeno que acaba por ligar os atores que cometem esses delitos em ambos os setores.

23 Mais informações sobre a iniciativa em: <<http://enccla.camara.leg.br/resultados/principais-resultados>>.

6. Conclusões

Como foco principal do estudo, buscou-se a análise da necessidade de mudança da cultura organizacional das empresas inseridas em contextos delitivos, o que perpassa a essencialidade na mudança de comportamento organizacional dos próprios líderes, os quais, muitas vezes, diante de sua conduta centralizadora e transacional, influenciam a atuação de todos os demais membros da organização.

Porém, diante da cultura do mau comportamento organizacional existente no Brasil, evidencia-se a necessidade de se potencializar tal mudança, de forma estruturada e sistêmica, não somente através de atuação interna, com instrumentos de compliance, auditoria e comunicação empresarial, mas pela atuação firme e coordenada dos aparelhos estatais de fiscalização, prevenção e repressão aos delitos em geral, com foco nas infrações de ordem econômico-financeira, tributária e de lavagem de dinheiro, que subsidiam a existência de organizações criminosas, as quais influenciam negativamente toda a vida em sociedade.

Desta forma, por óbvio que a moralização dos ambientes públicos e privados, iniciando com a mudança de comportamento dos líderes das diversas organizações, através da inserção de índole genuinamente ética na conduta dos diversos agentes que atuam nessa seara, passa por um processo que deve ser duradouro, contínuo, firme e estruturado, tendo em vista que a cultura do jeitinho se encontra há muito incrustada no (in)consciente coletivo da população.

Portanto, entende-se que a implantação de verdadeira ética empresarial, em ambientes de negócios culturalmente levados ao cometimento de delitos por parte de organizações que têm em seus líderes a figura que conduz os rumos corporativos, além de ser tarefa árdua, complexa e de difícil solução, requer atuação contínua, padronizada e sistematizada de organismos sérios e comprometidos, que possam contribuir decisivamente para a mudança comportamental, e que leve ao equilíbrio nas relações financeiras e ao desenvolvimento equânime da nação.

Referências Bibliográficas

ASHFORTH, B. E., & ANAND, V. The normalization of corruption in organizations. *Research in organizational behavior*, 25, 1-52. DOI: [https://doi.org/10.1016/S0191-3085\(03\)25001-2](https://doi.org/10.1016/S0191-3085(03)25001-2). Acesso em 25 out. 2020.

BELO, Marina Emanuelli. Evasão fiscal em micro e pequenas empresas: reflexões sobre o comportamento empreendedor. 2019. Dissertação (Mestrado em Administração) - Universidade Tecnológica Federal do Paraná, Curitiba, 2019.

BRAGA, Romulo Rhemo Palitot. Lavagem de dinheiro: fenomenologia, bem jurídico protegido e aspectos penais relevantes. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2013.

DURKHEIM, Émile. As regras do método sociológico 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FREE, C., & MURPHY, P. R. (2015). The ties that bind: The decision to co-offend in fraud.

Contemporary Accounting Research, 32(1), 18-54. DOI: <https://doi.org/10.1111/1911-3846.12063>. Acesso em: 24 out. 2020.

GONCALVES, Vinícius Batista, e ANDRADE, Daniela Meirelles. A corrupção na perspectiva durkheimiana: um estudo de caso da Operação Lava Jato. Rev. Adm. Pública [online]. 2019, vol.53, n.2, pp.271-290. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122019000200271&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 15 out. 2020. ISSN 1982-3134.

JANCSICS, D. (2019). Corruption as resource transfer: An interdisciplinary synthesis. Public Administration Review. (79)4, 523-537. DOI: <https://doi.org/10.1111/puar.13024>. Acesso em: 25 out. 2020.

MARAGNO, L. M. D.; KNUPP, P. de S.; BORBA, J. A. Corrupção, lavagem de dinheiro e conluio no Brasil: evidências empíricas dos vínculos entre fraudadores e cofraudadores no caso Lava Jato. Revista de Contabilidade e Organizações, [S. l.], v. 13, p. 5-18, 2019. DOI: 10.11606/issn.1982-6486.rco.2019.158510. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rco/article/view/158510>>. Acesso em: 25 out. 2020.

VARDI, Yoav; e WIENER, Yoash. Misbehavior in organizations: A motivational framework. Organization science, v. 7, n. 2, p. 151-165, 1996.

As contribuições do novo constitucionalismo latino-americano para a reflexão das políticas de direito internacional ambiental

The contributions of New Latin American constitutionalism to the reflection of the policies of International Environmental Law

Walter Gustavo da Silva Lemos¹

Sumário: Resumo; Palavras-chave; Abstract; Keywords; Introdução; 1. Os problemas ambientais que vivemos; 2. Do combate as Mudanças Climáticas e o Acordo de Paris; 3. Do Novo Constitucionalismo Latino-Americano; 4. Da conexão entre os conceitos; Considerações finais.

Resumo: No presente artigo procede-se o estudo do Novo Constitucionalismo latino-americano, para compreender como este pensamento trata a natureza como um ente detentor de direitos e deveres, o que estabelece uma nova relação desta com o homem e a sociedade. Posteriormente, passa-se a analisar o como as normas internacionais de combate as mudanças climáticas descrevendo a necessidade de políticas pelos Estados de responsabilização pelos gases de efeito estufa emitidos na atmosfera e desenvolvimento de meios de mitigação nestas emissões. Ao final, estes dois elementos estudados são conectados para demonstrar que é possível desenvolver políticas de mitigação de emissões com a adoção de outra concepção de relação com a natureza, a partir das experiências que esse constitucionalismo passou a vivenciar no âmbito ambiental, pela mudança das perspectivas de utilização da natureza e do seu modo de exploração. Assim, objetiva-se a análise de contributos que o Novo Constitucionalismo Latino-americano pode trazer para as políticas públicas de combate das alterações climáticas, sendo que o estudo se dá por via de uma abordagem dedutivo, usando do procedimento monográfico e comparativo, em pesquisa bibliográfica, qualitativa e exploratória, que conecte tais compreensões com as discussões de aquecimento global, a partir de uma epistemologia preocupada com a ancestralidade e os direitos à natureza.

Palavras-chave: Novo Constitucionalismo latino-americano; Direitos da natureza; Direito Internacional Ambiental; mudança de perspectiva relacional.

Abstract: In the present article, the study of New Latin American Constitutionalism is proceeded, in order to understand how this thought treats nature as an entity with rights and duties, which establishes a new relationship between it and man and society. Subsequently, it begins to analyze how international standards to combat climate change describe the need for policies by States to account for greenhouse gases emitted in the atmosphere and to develop means of mitigating these emissions. In the end, these two elements studied are connected to demonstrate that it is possible to develop emission mitigation policies with the adoption of another conception of relationship with nature, based on the experiences that this constitutionalism started to experience in the environmental sphere, by changing the perspectives use of nature and its mode of exploitation. Thus, the objective is to analyze the contributions that the New Latin American Constitutionalism can bring to public policies to combat climate change, and the study takes place through a deductive approach, using the monographic and comparative procedure, in bibliographic research, qualitative and exploratory, which connects such understandings with the discussions of global warming, from an epistemology concerned with ancestry and the rights to nature.

Keywords: New Latin American Constitutionalism; Nature rights; International Environmental Law; change in relational perspective.

¹ Walter Gustavo da Silva Lemos é Professor da Faculdade de Rondônia – FARO, Doutor em Direito Fundamentais pela Unesa – RJ/Brasil. Email: wgustavolemos@gmail.com.

Introdução

Cada vez mais nosso planeta passa por intempéries, das mais distintas origens, que causam intensos problemas a todos, desde a intensificação da seca, aumento dos níveis dos mares em alguns lugares, dos níveis de chuvas, do frio durante o inverno, bem como do aquecimento dos mares de forma geral, entre outros problemas.

Vivemos um período em que a natureza vem apresentando sinais de respostas às ofensas que constantemente temos praticado contra a natureza, que vem ocasionando estes problemas pontuais em alguns lugares do globo terrestre, mesmo que sempre se tente relativizar a sua importância. Porém, há de se perceber que é crescente a poluição que assola o mundo, principalmente nas grandes cidades, mas que já é possível se sentir nas zonas rurais, o que deveria dar início a uma preocupação global com a questão e seus reflexos no clima e na saúde do ser humano, mas não é possível ver ações governamentais efetivas de defesa do meio ambiente, já que isso causariam um impacto direto na ordem econômica e nos meios de produção que os Estados estão empreendendo de forma geral.

É claro que não podemos deixar de recordar que a partir dos anos 70, iniciou-se um período de criação de uma série de normas internacionais realizadas no intuito de demonstrar a preocupação com o meio ambiente e a diminuição da poluição, desde o programa iniciado pela Unesco em 1971, chamada de “O Homem e a Biosfera”, com o intuito de proceder a discussão sobre as mudanças climáticas e a poluição do meio ambiente, o que levou ao desenvolvimento do direito ambiental internacional como vemos hoje, com a descrição do princípio do poluidor-pagador.

Assim, uma série de normas internacionais criaram um rumo epistêmico de proteção jurídica do meio ambiente e a construção de um ecossistema equilibrado para que a saúde dos habitantes do planeta formulando princípios de políticas internacionais coordenadas de mitigação de emissão de gases de efeito estufa para o combate ao aquecimento global, baseado na responsabilidade dos Estados sobre tais ocorrências, o que acabou, pelo Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas, levando a norma atual que rege estas políticas, o Acordo de Paris de 2016.

Tal norma foi um grande avanço na discussão dos meios de combate o aquecimento global, mas ainda há que se implementar medidas de modificação do uso dos recursos provenientes do meio ambiente, a partir da mudança de valores e do modo de ver a natureza como simples bem de produção extrativista, para que esta passe a ser vista como um ente personalizado, que se pauta no equilíbrio e a sustentabilidade ambiental, da biodiversidade e dos seres que a habitam, em conexão com as comunidades em seu entorno, conforme estabelece a concepção trazida pelo Novo Constitucionalismo Latino-americano.

Assim, objetiva-se a análise de contributos que o Novo Constitucionalismo Latino-americano pode trazer para as políticas públicas de combate das alterações climáticas, sendo que o estudo se dá por via de uma abordagem dedutivo, usando do procedimento monográfico e comparativo, em pesquisa bibliográfica, qualitativa e exploratória, que conecte tais compreensões com as discussões de aquecimento global, a partir de uma epistemologia preocupada com a ancestralidade e os direitos à natureza.

1. Os problemas ambientais que vivemos

A degradação ambiental que vivemos no cotidiano global atualmente, vem desde o advento do surgimento das atividades agrícolas, tendo um grande avanço com o advento da Revolução Industrial, atingindo o seu nível máximo de poluição e problemas ambientais colocam como a principal pauta ambiental o combate ao Aquecimento Global. Nesta sociedade industrial voltada para o consumo de energia e bens de consumo, onde o aumento da produção se dá demasiadamente, para atender a totalidade das exigências deste mercado, procedendo pressão ao meio ambiente internacional, ocasionando o aumento da poluição e do efeito estufa², que acabam empreendendo o aquecimento da superfície terrestre³ pela concentração de vários gases na atmosfera, que retém calor advindo da impossibilidade de refração destes raios solares fora da atmosfera, aquecendo a superfície terrestre.

Isso não somente aumenta a temperatura terrestre, como modifica fenômenos locais, como seca em alguns lugares do mundo, aumento do volume dos mares, aumento dos níveis de chuva, o aumento do frio durante o inverno em outros locais, fora os problemas das ofensas reiteradas a fauna e a flora.

Com o fito de modificar toda esta problemática na esfera ambiental, surge a necessidade de promover-se novas alternativas ao uso exacerbado da natureza e dos recursos ambientais, posto que estas práticas têm contribuído em muito para o agravamento dos problemas acima apresentados. Boff⁴ versando sobre o tema, assevera que tais problemas derivam diretamente do modo de produção capitalista, com agravamento das desigualdades e da pobreza pela forma de consumo que socialmente este estabelece, gerando uma crise social, do sistema de trabalho e ecológica, sendo necessárias novas formas de relações econômicas e do uso da natureza.

Ou seja, é imperativa a modificação do uso econômico do meio ambiente para acabar a sua devastação, já que a forma hoje de utilização não garante o uso equilibrado e sustentável dos seus recursos⁵, mas atendendo as necessidades pelo mercado, o que faz a natureza ser cada vez mais explorada e impactada. Para evitar tais problemas de destruição do meio ambiente e a escassez dos recursos naturais, é necessária uma nova visão de uso da natureza de forma equilibrada e efetivamente sustentável, sendo seus recursos utilizados para o necessário no processo produtivo.

Se a realidade é alarmante com o uso devastador da natureza e como isso acaba contribuindo com o aquecimento global, não é mais possível ações produtivistas de exploração, com os recursos sendo retirados da natureza de forma não equilibrada e saudável, sendo imperativa a promoção de mudanças na forma de explorá-la, ao se estabelecer normas que visem proteger a realidade vivente e combater as mudanças causadas, na “compreensão dos rumos das negociações climáticas internacionais

2 Entende-se por efeito estufa a concentração de gases na atmosfera que impedem o reflexo dos raios solares, causando a refração de tais raios de volta para a crosta terrestre e, assim, ocasionando mudanças climáticas.

3 SISTER, Gabriel. Mercado de carbono e Protocolo de Quioto. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

4 BOFF, Leonardo. Ethos Mundial: Um consenso Mínimo entre os Humanos. Rio de Janeiro: Sextante, 2003.

5 LÖWY, Michael. O que é ecossocialismo? 2ª ed. São Paulo: Cortez, 2014, p. 128.

que têm levado a uma reconfiguração da arquitetura do regime climático (...).”⁶

2. Do combate as Mudanças Climáticas e o Acordo de Paris

Após uma intensa construção normativa, iniciada em Estocolmo e construída de forma paulatina e plúrima, as discussões climáticas acabam por chegar ao Acordo de Paris, como uma norma inovadora e construída a partir do máximo interesses das partes, de forma universalista, plural e comprometida de cada país-membro.

Durante a 21^a Conferência das Partes da Convenção Quadro da ONU sobre Mudanças do Clima (COP21) realizada em dezembro de 2015, as partes em discussão de uma norma de combate as mudanças climáticas chegam a um consenso de vontades, estabelecendo um tratado que apresentou uma solução coletiva e múltipla, de enfrentamento do aquecimento global nas últimas décadas, fixando como objetivo a ser perseguido de cingir o aumento da temperatura global por via de ações a serem desenvolvidas por todos, que impeçam o aumento desmensurado da temperatura global.

Assim, estabelece-se uma norma de caráter global, que objetiva a construção de soluções para um problema ambiental coletivo e conjunto, por via de planos de ações nacionais para combater o efeito estufa e fomento de atuações de mitigação, adaptação, desenvolvimento e transferência de tecnologia, financiamento e capacitação, a serem desenvolvidas pelo Estado ou mecanismos de sustentabilidade que permitam o auxílio ao cumprimento das metas estipuladas.⁷

As compreensões fincadas no Protocolo de Kyoto acabam abandonadas, de forma que o conteúdo expresso nos Acordos de Paris rumam a estipular políticas estatais próprias de cada Estado sobre aquecimento global com capacidades para o combate às mudanças do clima, de forma dinâmica e viva que importe diretamente em atuações de mitigação e de absorção de carbono por técnicas de captação e armazenamento de CO₂ emitidos na atmosfera. Este sistema passa a se reger pelo fundamento do princípio da responsabilidade comum, onde todos os Estados possuem obrigações de mitigação de emissão de gases de efeito estufa (GEE), ainda que estes compromissos sejam diferenciados entre eles, já que cada país deve suportar as ações de mitigação a partir de suas contribuições históricas de emissões, como de sua capacidade para desenvolver meios de mitigação, sem prejudicar diretamente ao desenvolvimento.⁸

Este tipo de compreensão do agir com a natureza, como meio de mitigar a emissão de gases de efeito estufa, para evitar que a temperatura global aumente de forma considerável, como também que poluição se propague em todos os níveis na sociedade em geral, impactando diretamente no uso do meio ambiente nas interações

6 SOUZA, Maria Cristina Oliveira; CORAZZA, Rosana Icassatti. Do Protocolo de Kyoto ao Acordo de Paris: uma análise das mudanças no regime climático global a partir do estudo da evolução de perfis de emissões de gases de efeito estufa. *Desenvolv. Meio Ambiente*, v. 42, p. 52-80, dezembro 2017.

7 SILVA, Victor Vartulli Cordeiro. A PROTEÇÃO AMBIENTAL E UM NOVO CONSTITUCIONALISMO. *Direito e sustentabilidade II* [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA; Coordenadores: Elcio Nacur Rezende, Maria Claudia da Silva Antunes De Souza – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

8 REI, Fernando Cardozo Fernandes; GONÇALVES, Alcindo Fernandes; SOUZA, Luciano Pereira de. ACORDO DE PARIS: REFLEXÕES E DESAFIOS PARA O REGIME INTERNACIONAL DE MUDANÇAS CLIMÁTICAS, *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v.14, n.29, p.81-99, 2017.

econômicas globais, que não mais podem se dar a partir do uso insustentável e irascível da natureza, de forma que é necessária uma mudança de valores e concepções de como devem ser desenvolvidas políticas públicas estatais para a utilização do meio ambiente e de seus recursos, com uma alteração paradigmática de concepção de natureza e do uso de estratégias e tecnologias nas interações econômicas que lhe impactem diretamente na promoção de uma nova visão de progresso.

Assim, esta ideia se aglutina com a finalidade social do uso da natureza pelo povo que junto a esta se integra, pela necessidade de uma atuação conectada do ser humano com a natureza, como meio de progresso responsável e saudável, no indicativo de um novo horizonte direcional.

3. Do Novo Constitucionalismo Latino-Americano

Uma série de acontecimentos jurídico-político se deram nos países latino-americanos que foram muito importantes para uma redefinição do papel da Constituição de um Estado, bem como no sentido de descrever valores relativos ao pluralismo jurídico representativo da diversidade de seus povos, tudo como ideário da propagação da cultura da paz e da modificação das condições de vida.

A partir da Constituição brasileira, de 1988, temos uma mudança de valores constitucionais estabelecidos no seu texto, já se estabelecendo uma nova realidade ao propagar a ideia de multiculturalismo, como meio de convivência entre os mais diferentes povos e classes que formam o Brasil.

Deste pensamento constitucional brasileiro parte o Constitucionalismo latino-americano para discutir a necessidade de implementação da pluralidade jurídica de todos os povos que se encontram no Estado, não somente em uma situação de respeito às suas culturalidades, mas na concessão de direito para permitir a sua implementação e efetivação a ser exercidos por estes próprios.

Neste sentido, Ribeiro descreve “a criação/reconhecimento pela ordem jurídica de direitos existentes no seio social, de formas mais efetivas de participação popular e da construção de um Estado que reconheça a pluralidade e peculiaridade de seu povo (...) a criação de um Estado participativo e efetivamente democrático”.⁹

Com o novo Constitucionalismo uma série de outros elementos que não eram comuns nos constitucionalismos tradicionais de até então foram introduzidos no texto normativo, como meio de se buscar o respeito a dignidade, a igualdade, as culturalidades e as diferenças entre os povos do estado, tudo com o objetivo de impregnar a ordem jurídico-constitucional de conteúdos axiológicos, princípios e ideais de justiça social.

Com as Constituições do Equador, de 2008, e da Bolívia, de 2009, tem-se uma concepção de constitucionalismo para além das ideias anteriormente estabelecidas, ao se pensar um novo Estado, plurinacional, surgido diretamente dos movimentos sociais que dialogaram e buscaram meios de uma maior expressão na formulação da normativa constitucional.

9 RIBEIRO, Diego Coelho Antunes. O neoconstitucionalismo latino-americano: uma análise antijuspositivista de aproximação do direito. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XVI, nº 119, dez. 2013. Disponível em: <https://goo.gl/h681DH>. Acesso em dez. 2017.

Martínez Dalmau apontou que tal processo decorreu da necessidade de se adequar o texto à realidade vivenciada pelo povo, onde a Constituição passa a expressar os seus anseios e vontades, mas suas práticas e culturas como expressão de independência.¹⁰

Ou seja, esta nova ordem de pensar a produção constitucional decorreu da necessidade de se traduzir a realidade e necessidade dos povos destes países numa concretude normativa, de forma a ser possível alcançar a independência destes povos pela ordem constitucional, que é identitário e representativo de suas relações jurídicas.

Portanto, este movimento jurídico interfere diretamente na esfera político-social das populações envolvidas, já que cria um novo parâmetro de Estado, partindo da pluralidade e multiplicidade das culturas envoltas no emaranhado de arranjos sociais que retrata, de forma a dar-lhe maior representatividade ao povo para qual a norma é produzida.

Tal pensamento caminha para um sentido de independência e autonomia a todos os povos que compõe as sociedades para qual a norma se dá, de forma que a cultura de cada um acabe por se igualar, estabelecendo um amálgama social no conjunto destas culturalidades, onde se estabelece uma nova realidade que modifica a ordem social, política, econômica e cultural do Estado, que passa a ser visto a partir de todas as intersecções das culturas de seus povos.

Mas para isso, foi também necessário mudar o Estado, descrevendo um novo modelo pautado na ampla participação popular, nas mais diferentes formas de atuação do povo na vida política, tanto que os próprios textos constitucionais foram frutos desta atuação desta universalidade de indivíduos constantes no Estado e de uma comunidade aberta, fluída e complexa de sujeitos que constituem entre si um novo pacto estatal, que integra os interesses, valores e tradições de cada um dos grupos.

Esta nova compreensão da ordem constitucional não importa somente numa mudança do trato das culturas sobre a norma constitucional, mas traz em si uma nova concepção de epistemologia utilizada no discernimento das ideias constantes da base normativa, como expressão do pensamento multiforme dos grupos envoltos no processo constitucional. Neste sentido de direitos da natureza é que surge no âmbito do Novo Constitucionalismo latino-americano o conceito de Bem viver, a partir do que é estabelecido na Constituição do Equador, que realiza a proteção da ancestralidade, do plurinacionalismo e os direitos decorrentes da natureza, já que este conceito importa na necessidade da sociedade onde este se aplica deve conviver harmonicamente, compreendendo e aceitando as suas diferenças entre os cidadãos e nas suas relações com meio ambiente.

As ideias de Bem Viver aparecem nas Constituições do Equador, de 2008 e da Constituição boliviana, de 2009, que tratam da questão da relação estabelecida entre as suas sociedades e a natureza, prezando pela atenção do bem-estar natural como meio equilibrado de desenvolvimento, onde a população possa, nos termos do art. 14 da Constituição equatoriana, “viver em um ambiente são e ecologicamente

10 MARTÍNEZ DALMAU, Rúben. El nuevo constitucionalismo latinoamericano y el proyecto de constitución del ecuador. *Alter Justicia*, n. 1. Guayaquil, oct. 2008, p. 17-27.

equilibrado, que garanta sustentabilidade e o bem viver”.¹¹

O Bem viver descreve a necessidade de que passemos a viver num ambiente em que o uso dos bens naturais seja pautado em um forte sentimento de interdependência e reciprocidade entre os seres, pois somente é possível vivenciar a plenitude da condição humana se devidamente conectada ao meio ambiente em que estamos inseridos.¹² Ao assim refletir, a natureza passa a ser vista não somente como um recurso sujeito à apropriação, mas como ente personalizado, devendo o desenvolvimento social pautar-se pela sua adequação aos interesses gerais desta nova personalidade, que sempre buscará a sustentabilidade como meio de progresso, garantindo a vida, o equilíbrio do meio ambiente.

5. Da conexão entre os conceitos

É possível perceber com as duas concepções se conectam diretamente, já que a discussão de Direito Internacional Ambiental, bem como as suas normas que objetivam a mitigação de emissão de gases que causam estas alterações, importam diretamente em outra visão de interação do homem com a natureza, quer a partir da sua relação de convivência, quer por via da compreensão de exploração econômica sobre esta última.

Há uma conexão da cosmovisão deste Constitucionalismo (conhecimento ancestral e naturalmente integrado com a natureza) com a discussão de políticas ambientais internacionais, já que se está falando do meio ambiente e como este pode ser utilizado diretamente pelo homem, de forma a não causar danos a própria concepção de integridade natural. O conceito constitucional pode trazer uma compreensão valorativa à discussão ambiental, já que este conecta o indivíduo com o seu povo e a natureza ao seu entorno, em uma outra ideia de dignidade, não a partir do próprio indivíduo, mas pela integração do meio ambiente equilibrado e do bem-estar social, portanto, modificando parâmetros econômicos de uso da natureza na apropriação de seus produtos.

A compreensão de Bem viver importa diretamente em um tratamento de preservação e baixo impacto à natureza pelo ser humano, já que esta passa a ser compreendida como ente social, detentor de direitos, deveres e finalidades sociais, o que importa em um novo horizonte direcional para a sua utilização, direcional a uma concepção de preservação, respeito e sustentabilidade, de uma vida simbiótica do homem com a natureza.

Este conceito ancestral se aplicado para modificar as pressões econômicas sobre o uso do meio ambiente e dos seus recursos, permitem uma maior preservação da natureza, o que, por consequência, importaria diretamente como plano de ação estatal de combate a devastação ambiental, ocasionando indiretamente a mitigação da emissão de GEE, já que a utilização da natureza não se basearia em uma atuação extrativista produtivista, mas sim do uso consciente dos recursos naturais pela

¹¹ EQUADOR. Constitución de la República del Ecuador. 2008. Disponível em <https://goo.gl/sqMRjA>. Acessado em maio de 2018.

¹² SANTOS, Boaventura de Souza; MENESES, Maria Paula (Org.). Epistemologias do Sul. São Paulo: Cortez, 2010. 637 p.

mudança dos paradigmas da produção.

Considerações finais

Neste estudo se procede uma reflexão de como é possível uma mudança de valores jurídico-ambientais e *modus vivendi* pela aplicação da concepção de Bem viver nas interações do ser com natureza, pois este é um atributo jurídico que pregoa o apreço pela vida comunitária, o respeito ao próximo e da compreensão da natureza como sujeito de direito, pautado em um forte sentimento de interdependência e reciprocidade entre os seres, pois somente é possível vivenciar a plenitude da condição humana se devidamente conectada ao meio ambiente em que estamos inseridos.

Assim, estes valores estabelecem a formação de um discurso de mudança de cosmovisão, para que todos se integrem com a natureza e o seu entorno, fugindo do caráter individual que impregna o discurso ambiental, para que este seja efetivamente enlaçando em abordagens comunitárias e inclusivas, que visam a vida em harmonia com a natureza por via da preservação e uso consciente dos recursos naturais, o que importaria na expressão de responsabilidade de todos no combate as mudanças climáticas e outras formas de degradação do meio ambiente.

Referências

BOFF, Leonardo. *Ethos Mundial: Um consenso Mínimo entre os Humanos*. Rio de Janeiro: Sextante, 2003.

EQUADOR. *Constitución de la República del Ecuador*. 2008. Disponível em <https://goo.gl/sqMRjA>. Acessado em maio de 2018.

LÖWY, Michael. *O que é ecossocialismo?* 2ª ed. São Paulo: Cortez, 2014, p. 128.

MARTÍNEZ DALMAU, Rúben. *El nuevo constitucionalismo latinoamericano y el proyecto de constitución del ecuador*. *Alter Justicia*, n. 1. Guayaquil, oct. 2008, p. 17-27.

REI, Fernando Cardozo Fernandes; GONÇALVES, Alcindo Fernandes; SOUZA, Luciano Pereira de. *ACORDO DE PARIS: REFLEXÕES E DESAFIOS PARA O REGIME INTERNACIONAL DE MUDANÇAS CLIMÁTICAS*, *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v.14, n.29, p.81-99, 2017.

RIBEIRO, Diego Coelho Antunes. *O neoconstitucionalismo latino-americano: uma análise antijuspositivista de aproximação do direito*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVI, nº 119, dez. 2013. Disponível em: <https://goo.gl/h681DH>. Acesso em dez. 2017.

SANTOS, Boaventura de Souza; MENESES, Maria Paula (Org.). *Epistemologias do Sul*. São Paulo: Cortez, 2010. 637 p.

SILVA, Victor Vartulli Cordeiro. *A PROTEÇÃO AMBIENTAL E UM NOVO*

CONSTITUCIONALISMO. Direito e sustentabilidade II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA; Coordenadores: Elcio Nacur Rezende, Maria Claudia da Silva Antunes De Souza – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

SISTER, Gabriel. Mercado de carbono e Protocolo de Quioto. Rio de Janeiro: Elseveier, 2007.

SOUZA, Maria Cristina Oliveira; CORAZZA, Rosana Icassatti. Do Protocolo de Kyoto ao Acordo de Paris: uma análise das mudanças no regime climático global a partir do estudo da evolução de perfis de emissões de gases de efeito estufa. *Desenvolv. Meio Ambiente*, v. 42, p. 52-80, dezembro 2017.

A gig economy, a governança pelos números e a fragmentação do coletivo trabalhista

The gig economy, governance by numbers and the fragmentation of the labour collective

Ana Maria Maximiliano¹

Sumário: Introdução; 1. As novas tecnologias e a crise do direito do trabalho; 2. A governança pelos números como política de governo; 3. A proposta de um novo marco regulatório democrático para a proteção do trabalhador; Considerações Finais.

Resumo: O Direito do Trabalho, estruturado inicialmente para reger uma relação bilateral entre empregado e empregador, sofre alterações em razão do surgimento das novas Tecnologias de Informação e Comunicação (TIC) e da governança pelos números. Para o mundo do trabalho, há uma fragmentação no próprio alicerce do Direito do Trabalho, seja na perspectiva dos elementos para a formação do contrato de trabalho, seja na inexistência do próprio contrato. Alteram-se, assim, a ontologia e a morfologia da relação contratual descrita pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), intensificando a flexibilidade. A flexibilidade das relações trabalhistas não tem origem nas novas TIC, mas sim o fortalecimento nesta técnica, que gera uma gama de flexibilizações nas relações de trabalho e ocasiona a descoletivização destas relações. As exigências do mercado, sob a argumentação de que os custos trabalhistas oneram as empresas, reclamam a alteração da legislação trabalhista, objetivando menores custos sociais. A presente pesquisa visa compreender a influência das novas TIC e da governança pelos números (GN) na flexibilização das relações de trabalho e na desagregação dos coletivos de trabalhadores. Para tanto, serão investigados os contextos do trabalho por meio das novas tecnologias e da governança por números, para esclarecer o desafio que essas realidades trouxeram para o coletivo de trabalhadores. Ao final, propõe-se uma medida de natureza democrática como possível conclusão para a presente pesquisa. Para o desenvolvimento deste trabalho, parte-se de pesquisa exploratória, com base em uma abordagem qualitativa, em levantamento bibliográfico e em pesquisa documental.

Palavras-chave: Direito do Trabalho; novas tecnologias; desagregação sindical.

Abstract: Labour Law, initially structured to govern a bilateral relationship between employee and employer, is changing due to the emergence of new Information and Communication Technologies (ICT) and governance by numbers. For the world of work, there is a fragmentation in the very foundation of Labour Law, whether from the perspective of the elements for the formation of the employment contract or the non-existence of the contract itself, changing the ontology and morphology of the contractual relationship described by the Consolidation of Labour Laws (CLT), increasing flexibility. The flexibility of labour relations does not originate in the new ICTs, but rather in the strengthening of this technique, which generates a range of flexibilities in labour relations and leads to the decollectivisation of these relations. The demands of the market, under the argument that labour costs burden companies, call for the modification of labour legislation, aiming at lower social costs. This research aims to understand the influence of new ICTs and governance by numbers on the flexibilization of labour relations and the disintegration of workers' collectives. This will be done by investigating the contexts of labour through new technologies and governance by numbers, in order to clarify the challenge that these realities have brought to the collective of workers. In the end, a measure of a democratic nature is proposed as a possible conclusion to this research. The development of this work starts with exploratory research and case studies, with a qualitative approach, with bibliographic and documentary research.

Keywords: Labour Law; new technologies; union breakdown.

¹ Doutoranda em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR), Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR). Procuradora do Município de Curitiba. Endereço eletrônico: anamaximil@yahoo.com.br. Parcela desta pesquisa foi publicada na Revista Opará: etnicidades, movimentos sociais e educação, Paulo Afonso, v. 08, e122002, 2020.

Introdução

O Direito do Trabalho foi estruturado tendo por base a relação de trabalho em que o contrato se formava bilateralmente (empregado-empregador) e no qual, entre as partes, de uma forma geral, havia o contato direto por estarem no mesmo espaço físico ou estabelecimento empresarial. No entanto, com o surgimento das novas Tecnologias de Informação e Comunicação (TIC), alterou-se essa realidade.

Com as transformações tecnológicas, houve a criação de plataformas digitais para fins de intermediação do trabalho que têm sido relacionadas ao reflexo da Quarta Revolução Industrial, com a ascensão do uso da “internet das coisas” (Internet of Things - IoT, por meio da qual há cada vez mais aparelhos conectados à internet e que se comunicam entre si), da inteligência artificial, da biotecnologia etc. Essa realidade faz emergir o que se entende por Gig Economy, termo multifacetário e que traz a característica disruptiva, como, por exemplo, a economia ou atividade disruptiva².

Nesse contexto, o trabalho humano parece ter perdido o papel preponderante que até então ocupava. Isso porque, com o uso da tecnologia extremamente avançada, muitas das atividades passaram a ser realizadas com pouca ou nenhuma intervenção humana, sem a até então necessária presença do trabalhador na empresa ou a realização do trabalho somente quando chamado (trabalho intermitente p. ex.)³.

No mundo do trabalho, surge uma fragmentação no próprio alicerce do Direito do Trabalho, seja na perspectiva dos elementos para a formação do contrato de trabalho, seja na inexistência do próprio contrato. Há a alteração na ontologia e na morfologia da relação contratual descrita pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), com a intensificação da flexibilidade. Note-se que a flexibilidade das relações trabalhistas não tem origem nas novas TIC, mas sim o fortalecimento nesta técnica⁴.

No Brasil, há três correntes doutrinárias que tratam da flexibilização: os favoráveis, os contrários e os moderados. Para os que são favoráveis, a flexibilização representa uma alternativa à preservação dos empregos, ainda que com a diminuição de direitos trabalhista em razão da crise econômica e da competitividade interna e externa. Entende-se que a redução dos custos da produção permite a sobrevivência da empresa. São adeptos dessa corrente, defendendo a diminuição da regulação nas relações de trabalho, Octavio Bueno Magano e Luis Amorim Carlos Robortella⁵.

Os contrários à flexibilização sustentam que a legislação trabalhista prevê um mínimo de direitos, os quais só podem ser aumentados. Considerando-se que a finalidade do Direito do Trabalho é a de reduzir a exploração do trabalhador, o

2 No sentido de inovação, fratura, interrupção do curso normal de um processo para criação de novos valores, novos negócios etc. Para a área tecnológica, para além do sentido de inovação, a tecnologia disruptiva representa um salto inesperado e de grande impacto. Cf. SIGNES, Adrián Todolí. O Mercado de trabalho no Século XXI: on-demandeconomy, crowdsourcing e outras formas de descentralização produtivas que atomizam o mercado de trabalho. In: LEME, A. C. R. P.; RODRIGUES, B. A.; CHAVES JÚNIOR, J. E. R. (coord.). Tecnologias disruptivas e a exploração do trabalho humano. São Paulo: LTR, 2017. p. 28.

3 Nessa realidade está também inserido o denominado “trabalho 4.0”, vinculado à “indústria 4.0”, na qual estão presentes a IoT e o algoritmo da inteligência artificial.

4 CARLEIAL, Liana; AZÄIS, Christian. Mercados de trabalho e hibridização: uniformidade e diferenças entre França e Brasil. Caderno CRH, Salvador, v. 20, n. 51, p. 401-417, set./dez. 2007. p. 410-411.

5 OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio. (Re)Pensando o princípio da proteção na contemporaneidade. São Paulo: LTr, 2009; ROBORELLA, Luiz Carlos Amorim. O moderno direito do trabalho. São Paulo: LTr, 1994.

princípio da proteção impede o retrocesso sob a forma de diminuição de direitos. É adepto dessa corrente Orlando Teixeira da Costa⁶.

Já a corrente moderada admite o declínio do princípio da proteção, mas considera essencial a intervenção estatal nas relações trabalhistas. Os adeptos desta corrente estabelecem alguns limites para a flexibilização. Dentre eles, Arnaldo Süssekind⁷ entende ser viável para a adaptação às peculiaridades regionais, profissionais e empresariais, a implementação de novas tecnologias e métodos de trabalho, tendo como limite os direitos irrenunciáveis e, em todos os casos, com participação do sindicato. José Augusto Rodrigues Pinto⁸ alerta que a flexibilização deve ser dosada, a fim de que não gere uma ruptura com a clássica finalidade protetiva do Direito do Trabalho e com a própria sociedade. O autor pondera que, sendo um imperativo da economia global, a flexibilização deve vir acompanhada de uma seguridade social ampla e um sindicalismo representativo. Para Sergio Pinto Martins⁹, nesse contexto de flexibilização, o sindicato passa a ter papel fundamental a fim de permitir a continuidade do emprego do trabalhador e a sobrevivência da empresa.

Também adepto da corrente moderada, Amauri Mascaro Nascimento¹⁰ afirma que é viável combinar garantismo com flexibilização, de forma que se deve diferenciar duas áreas do direito individual do trabalho: o direito primário e o secundário. Essa classificação é adotada na União Europeia e se baseia nas seguintes definições: o direito primário se refere ao direito constitucional e aos seus atos constitutivos, nos quais estão incluídas as ideias-força que não podem ser derogadas pela autonomia das partes; o direito secundário se refere ao direito que pode ser modificado pelas partes porque não representam as ideias-duras, as quais não devem ser flexibilizadas.

Nesse contexto, a par das novas TIC e da hibridização dos contratos de trabalho¹¹, a governança pelos números (GN) se impõe a todos, inclusive ante a lei, conferindo autonomia aos homens que vivem sob ela e que aderem à sua linguagem¹². Esta autonomia está presente em todos os sistemas jurídicos que implementam a governança pelos números, a partir da qual são formados indicadores de eficiência e qualidade. É neste paradigma que a legislação trabalhista e as políticas públicas relacionadas ao mundo do trabalho são formuladas, como, por exemplo, a denominada Lei da Reforma Trabalhista (Lei Federal nº 13.467/2017), que teve sua justificativa no “custo Brasil”, conforme será tratado adiante.

No cenário das inovações tecnológicas e da política de Estado com base na governança por números, houve a intensificação da flexibilização das relações de trabalho, e a consequência foi a desagregação do coletivo dos trabalhadores

6 OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio. (Re)Pensando o princípio da proteção na contemporaneidade. São Paulo: LTr, 2009. p. 46.

7 SUSSEKIND, Arnaldo. História e perspectiva do direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2002. p. 55.

8 PINTO, José Augusto Rodrigues. Curso de direito individual do trabalho. 4. ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 66-68.

9 MARTINS, Sergio Pinto. A terceirização e o direito do trabalho. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 40.

10 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Direito contemporâneo do trabalho. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 80.

11 Entende-se a hibridização enquanto categoria capaz de capturar as diferentes formas de flexibilização vivenciadas pelos mercados de trabalho. Cf. CARLEIAL, Liana; AZÃIS, Christian. Mercados de trabalho e hibridização: uniformidade e diferenças entre França e Brasil. Caderno CRH, Salvador, v. 20, n. 51, p. 401-417, set./dez. 2007.

12 SUPIOT, Alain. La gouvernance par les nombres: cours au Collège de France (2012-2014). Paris: Librairie Arthème Fayard, 2015.

institucionalizado por meio sindicato.

A presente pesquisa visa compreender a influência das novas TIC e da governança pelos números na desagregação dos coletivos de trabalhadores. Para tanto, serão investigados os contextos do trabalho por meio das novas tecnologias e da governança por números para esclarecer o desafio que essas realidades trouxeram para o coletivo de trabalhadores. Para o desenvolvimento deste trabalho, parte-se de pesquisa exploratória, com base em uma abordagem qualitativa, em levantamento bibliográfico e em pesquisa documental.

1. As novas tecnologias e a crise do direito do trabalho

Com a denominada “Quarta Revolução Industrial”, é inaugurada uma nova etapa no mundo do trabalho, de abrangência mundial, com reflexos negativos variáveis para o trabalhador, a depender do status de proteção a ele conferido pelo Estado. As formas de reestruturação produtiva surgidas, tendo como base as novas tecnologias, vêm acompanhadas dos princípios que norteiam o neoliberalismo e o ultraliberalismo, inseridos em um período de “cosmocapitalismo”¹³, tais como a produtividade, a competitividade e a concorrência.

O neoliberalismo é, em primeiro lugar e fundamentalmente, uma racionalidade que se conduz a estruturar e organizar a ação dos governantes e da própria sociedade, na qual a concorrência traduz-se em norma de conduta para a empresa. Essa racionalidade é a razão do capitalismo contemporâneo, livre das referências históricas e sociais anteriores, e vem para determinar um novo modo de governo e uma nova política de Estado¹⁴.

Nesse contexto, vem à tona a concorrência desenfreada, que nasce como política de Estado e regula a relação do trabalhador consigo mesmo e com os demais, a partir da lógica da autossuperação e do desempenho infinito. É esse sistema de normas e políticas, somadas à dominação de grupos econômicos, classes sociais e castas políticas, que se acelera a saída das nações da democracia¹⁵.

Com o neoliberalismo e a reestruturação produtiva, com base nas novas tecnologias, surgem a “economia colaborativa” ou “economia compartilhada”¹⁶ e a Gig Economy, sendo esta última a que interessa à presente pesquisa. Na Gig Economy, o trabalhador coloca o seu conhecimento à disposição de uma empresa, situada em qualquer lugar do mundo sem, conforme alegado pelos empresários envolvidos, a

13 Nessa época, para além do âmbito do trabalho, “[...] as instituições, as atividades, os tempos de vida são submetidos a uma lógica normativa geral que os remodela e reorienta conforme os ritmos e objetivos da acumulação do capital”. Cf. DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *Comum: ensaio sobre a revolução no século XXI*. Trad. Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2017. p. 12.

14 DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal*. Trad. Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2016. p. 17.

15 DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *Comum: ensaio sobre a revolução no século XXI*. Trad. Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2017. p. 12-14.

16 Utilizam-se a internet e as plataformas virtuais ligadas em aplicativos para conectar compradores e vendedores de bens ou serviços. Nessa economia, há uma exploração de bens subutilizados que proporciona aos proprietários renda, proveniente do compartilhamento, sendo exemplo a empresa Airbnb. GAUTHIER, Gustavo. *Nuevas tecnologías, economía colaborativa y trabajo*. In: TEODORO, Maria Cecilia Máximo et al. (coord.). *Direito material e processual do trabalho*. São Paulo: LTr, 2017. p. 90-91.

formalização de vínculo de emprego para a realização de serviços específicos dentro de uma variedade de graus de qualificação profissional.

As plataformas na Gig Economy podem ser de *crowdworks* (que se referem a atividades ligadas a tarefas realizadas por meio de plataformas on-line e que colocam em contato organizações e indivíduos, com a oferta de produtos e serviços específicos)¹⁷, como ocorre, por exemplo, a Amazon Mechanical Turk (Mturk), ou *work-on-demand* via app (que ocorre por meio de aplicativos e refere-se à execução de tarefas tidas como tradicionais, a exemplo de transporte, limpeza, tarefas administrativas e de escritório). Neste caso, os aplicativos fixam e garantem um padrão de qualidade, bem como selecionam e gerenciam a mão de obra¹⁸. Percebe-se que as duas espécies se utilizam de tecnologias (internet e app) a fim de intermediar a mão de obra, sem a formalização de contrato de trabalho, mediante o pagamento por atividade. Como consequência, elas geram uma acirrada concorrência e competitividade entre os trabalhadores com vistas a uma maior produtividade e remuneração.

A incorporação, pelos trabalhadores, desses valores do mercado neoliberal torna-se cada vez mais comum. Com isso, surge a falsa noção do “empregador de si”, pois esses trabalhadores acreditam que trabalham por conta própria e dependem unicamente de seu próprio potencial para que possam empreender e obter lucros expressivos.

Por sua vez, as empresas, constituídas em plataforma, utilizam-se de dispositivos tecnológicos com potencialidades de controlar o trabalho em tempo real, aumentando exponencialmente as modalidades de exercício do poder diretivo, de fiscalização e de punição. A plataforma UBER de transporte de passageiros é um exemplo reiterado dessas características. Ademais, o modo como as empresas-plataforma funcionam, por si só, desorganiza o coletivo de trabalhadores, uma vez que os isola no tempo e no espaço. Nesse quadro, milhões de trabalhadores cumprem jornadas de trabalho cada vez mais prolongadas, recebem salários cada vez menores, não contam com ambiente laboral protegido, e não gozam de direitos antes mezinhos como férias, décimo terceiro salário e seguro-desemprego. Trata-se da “uberização do trabalho”, termo utilizado para designar essa nova forma de contratação, nos moldes que a empresa UBER inaugurou.

No entanto, a “uberização do trabalho” não é um fenômeno isolado. Esse processo conta com o apoio e a contribuição do Estado, que, ao alterar a legislação trabalhista e incentivar o “empreendedorismo”, joga para a informalidade milhões de trabalhadores. Como política de governo, o apoio vem atrelado às justificativas do “custo Brasil”, isto é, a abertura do mercado nacional para investidores estrangeiros e a criação de postos de trabalho, o que configura a governança pelos números e que será tratada a seguir.

17 BARBOSA JUNIOR, Francisco de Assis. Gig Economy e contrato de emprego: aplicabilidade da legislação trabalhista aos vínculos de trabalho da nova economia. São Paulo: LTr, 2019. p. 29. Para o *crowdwork* é exemplo a Amazon Mechanical Turk (Mturk).

18 BARBOSA JUNIOR, Francisco de Assis. Gig Economy e contrato de emprego: aplicabilidade da legislação trabalhista aos vínculos de trabalho da nova economia. São Paulo: LTr, 2019. p. 30.

2. A governança pelos números como política de governo

A governança pelos números (GN), em conjunto com o governo pelas leis, cria a ilusão de que as regras são impessoais, e não da vontade dos poderosos. A GN se impõe a todos, inclusive ante a lei, conferindo autonomia aos homens que vivem sob ela, ou seja, que aderem à sua linguagem. É uma ordem regida pelo cálculo de utilidade, tal qual é o futuro prometido pelo ultraliberalismo e fundamentado no que Karl Polanyi¹⁹ chamou de “solipsismo econômico”²⁰. Em outras palavras, é a utopia da normatividade totalmente calculável²¹.

Diante da complexidade da realidade, a GN reduz a indicadores, substituindo o todo por uma parte adequada aos programas estatais e aos mercados. Esta substituição está presente em todos os sistemas jurídicos que implementam a governança pelos números, que são formados por indicadores de eficiência e qualidade. A sequência dos objetivos, dos indicadores e dos resultados a alcançar referem-se, aqui, a um todo inseparável que, inclusive, gera uma legislação que especifica os prêmios por alcance dos indicadores. Por exemplo, os indicadores de “qualidade do serviço prestado” mostram que a qualidade deve ser sempre reduzida à quantidade²². Como consequência, os agentes em causa são incentivados a cumprir os indicadores, independentemente da melhoria real dos serviços prestados.

Cita-se, exemplificativamente, o “custo Brasil”, lido como eficiência econômica, que foi utilizado como uma das justificativas para a reforma trabalhista e é um tema central nos debates relativos ao desenvolvimento econômico brasileiro. No entanto, o “custo Brasil” não possui um conceito preciso. Para a sua especificação, são utilizados todos os itens que compõem os custos nos sistemas produtivos brasileiros, tais como a carga tributária, a infraestrutura de transportes, a burocracia e os encargos sociais. Ele está associado aos fatores desfavoráveis à competitividade de bens e serviços brasileiros no âmbito nacional e internacional²³. Quanto às relações trabalhistas, mais especificamente, sustenta-se que o crescimento da precariedade e a informalidade nos vínculos de emprego decorrem do volume elevado de direitos e encargos sociais, categorizados como encargo social e legislação trabalhista, custos de mão de obra ou somente encargos sociais, e compõem o “custo-Brasil”, segundo diferentes autores²⁴.

A retirada de direitos trabalhistas com justificativa exclusiva utilitarista, equiparando o Estado à empresa privada, demonstra o papel meramente instrumental

19 POLANYI, Karl. A grande transformação: as origens de nossa época. Trad. Fanny Wrobel, 2. ed, Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

20 “Tese de que só eu existo e de que todos os outros entes (homens e coisas) são apenas ideias minhas.” Corresponde ao egoísmo. Cf. ABBAGNANO, Nicola. Dicionário de filosofia. Trad. Ivone Castilho Benedetti. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 1086.

21 SUPIOT, Alain. La gouvernance par les nombres: cours au Collège de France (2012-2014). Paris: Librairie Arthème Fayard, 2015.

22 SUPIOT, Alain. La gouvernance par les nombres: cours au Collège de France (2012-2014). Paris: Librairie Arthème Fayard, 2015.

23 COSTA, Sandra Bueno Cardoso da; GAMEIRO, Augusto Hauber. Entendendo o custo Brasil. 2005. Disponível em: www.paineira.usp.br/lae/wp-content/uploads/2017/02/2005_Costa_Gameiro.pdf. Acesso em: 12 dez. 2020.

24 COSTA, Sandra Bueno Cardoso da; GAMEIRO, Augusto Hauber. Entendendo o custo Brasil. 2005. Disponível em: www.paineira.usp.br/lae/wp-content/uploads/2017/02/2005_Costa_Gameiro.pdf. Acesso em: 20 dez. 2020. Os autores citam a Confederação Nacional da Indústria – CNI, o Banco Mundial, a Consultoria Haddad & Hewings e o Departamento de Competitividade e Tecnologia - DECOMTEC.

do Estado. Este fica à disposição do mercado, que envolve a sociedade em uma concorrência desenfreada e em um turbilhão de normas nos Estados com os mesmos objetivos de concorrência, produtividade e competitividade. Esta realidade imposta pela GN tem como bandeira a revolução tecnológica, que submete milhões de trabalhadores à informalidade e aos desígnios do “mercado total”.

Quando essa representação estatística da sociedade é construída dentro de um quadro nacional, ela pode ser questionada pela representação parlamentar ou sindical, e sua normatividade faz recuar o controle democrático. Estes contrapesos desaparecem quando esta representação quantificada dos objetivos sociais pretende transcender outras formas de representação e ser consistente em toda a superfície do globo terrestre²⁵. O risco, então, é fechar-se a si próprio e fechar as pessoas em circuitos isolados de um discurso tecnocrático que esmaga a realidade da vida humana em vez de as representar. É a luta pelo poder que escapa a qualquer debate democrático.

3. A proposta de um novo marco regulatório democrático para a proteção do trabalhador

Com o objetivo de gerar postos de trabalho, crescimento econômico e desenvolvimento nacional, o Estado brasileiro vem implementando uma política cujos resultados não atendem à pretensão inicial do governo. Ao contrário, há o fechamento dos postos de trabalho e a existência de milhões de trabalhadores na informalidade, à disposição dos mercados. Percebe-se, então, a implementação de uma política de governo segundo a qual a participação da sociedade é restrita ao parlamento, e os diversos movimentos de coletivos e as mais diversas manifestações são desconsideradas.

As novas Tecnologias de Informação e Comunicação (TIC) estão, por sua vez, expressas notadamente na Gig Economy, ancorada na utilização da internet e de apps, e em direta ligação com a governança por números sob a perspectiva individual, isto é, das empresas, que fixam as metas de produtividade em quantidade. Até mesmo as avaliações dos serviços prestados são objeto de quantificação por números e não são tratados como qualidade real.

As novas tecnologias, em conjunto com a governança pelos números, geram a desagregação do coletivo dos trabalhadores, na medida em que a diversidade de espécies de trabalhos informais não possibilitam ao trabalhador se reconhecer como classe trabalhadora, mas sim como empreendedor, à mercê da legislação. O maior desafio é o de tentar distinguir e preservar o humano em meio à virtualidade, pois a lógica da condição humana não é a do algoritmo, uma vez que há uma vontade humana de natureza política e econômica na tomada das decisões referentes ao algoritmo.

A pergunta que se impõe, diante da desestruturação do coletivo trabalhista, é se há forças sociais, modelos alternativos ou modos de organização que deem a

²⁵ SUPIOT, Alain. La gouvernance par les nombres: cours au Collège de France (2012-2014). Paris: Librairie Arthème Fayard, 2015.

esperança de superar a situação atual de “mercado total”. E a resposta é encontrada na história do trabalho, a qual demonstra que as conquistas sociais somente foram alcançadas mediante a luta do coletivo de trabalhadores. O ato de resistência deve ter como meta a reformulação do coletivo de trabalhadores a fim de superar a ideologia do “mercado total”.

Considerações finais

O Direito do Trabalho, estruturado inicialmente para reger uma relação bilateral entre empregador e trabalhador, sofre alterações em razão do surgimento das novas Tecnologias de Informação e Comunicação (TIC) e da governança pelos números (GN). Essas novas racionalidades geram uma gama de flexibilizações nas relações de trabalho, afetando de forma negativa o coletivo de trabalhadores que se institucionaliza por meio do sindicato. A par disso, as razões de governo levaram à reforma trabalhista brasileira, por meio da Lei Federal nº 13.147/2017, que potencializou a desagregação do coletivo de trabalhadores institucionalizado por meio dos sindicatos.

Essas alterações no mundo do trabalho emanam do contexto da racionalidade do neoliberalismo e da reestruturação produtiva, com base nas novas tecnologias. Neste cenário, surge a Gig Economy, em cujo contexto o trabalhador coloca o seu conhecimento à disposição de uma empresa, situada em qualquer lugar do mundo, sem a formalização de vínculo de emprego para a realização de serviços específicos. Isso ocorre dentro de uma variedade de graus de qualificação profissional, o que gera uma acirrada concorrência e competitividade entre os trabalhadores com vistas a uma maior produtividade e remuneração. Ademais, não se possibilita a formação de sindicatos de trabalhadores, o que fragiliza as relações dos trabalhadores entre seus pares e com o próprio mercado de trabalho.

A fim de retificar o enfraquecimento sindical, propõe-se que a resistência e a coesão entre os trabalhadores devam ter como meta a reformulação do coletivo de trabalhadores.

Referências Bibliográficas

ABBAGNANO, Nicola. Dicionário de filosofia. Trad. Ivone Castilho Benedetti. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

BARBOSA JUNIOR, Francisco de Assis. Gig Economy e contrato de emprego: aplicabilidade da legislação trabalhista aos vínculos de trabalho da nova economia. São Paulo: LTr, 2019.

CARLEIAL, Liana; AZÃIS, Christian. Mercados de trabalho e hibridização: uniformidade e diferenças entre França e Brasil. Caderno CRH, Salvador, v. 20, n. 51, p. 401-417, set./dez. 2007.

COSTA, Sandra Bueno Cardoso da; GAMEIRO, Augusto Hauber. Entendendo o custo Brasil. 2005. Disponível em: www.paineira.usp.br/lae/wp-content/

uploads/2017/02/2005_Costa_Gameiro.pdf Acesso em: 12 dez. 2020.

DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal. Trad. Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2016.

DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. Comum: ensaio sobre a revolução no século XXI. Trad. Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2017.

GAUTHIER, Gustavo. Nuevas tecnologías, economía colaborativa e trabajo. In: TEODORO, Maria Cecília Máximo et al. (coord.). Direito material e processual do trabalho. São Paulo: LTr, 2017.

MARTINS, Sergio Pinto. A terceirização e o direito do trabalho. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Direito contemporâneo do trabalho. São Paulo: Saraiva, 2011.

OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio. (Re)Pensando o princípio da proteção na contemporaneidade. São Paulo: LTr, 2009.

PINTO, José Augusto Rodrigues. Curso de direito individual do trabalho. 4. ed. São Paulo: LTr, 2000.

POLANYI, Karl. A grande transformação: as origens de nossa época. Trad. Fanny Wrobel. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. O moderno direito do trabalho. São Paulo: LTr, 1994.

SIGNES, Adrián Todolí. O Mercado de trabalho no Século XXI: on-demandeconomy, crowdsourcing e outras formas de descentralização produtivas que atomizam o mercado de trabalho. In: LEME, A. C. R. P.; RODRIGUES, B. A.; CHAVES JÚNIOR, J. E. R. (coord.). Tecnologias disruptivas e a exploração do trabalho humano. São Paulo: LTR, 2017.

SUPIOT, Alain. La gouvernance par les nombres: cours au Collège de France (2012-2014). Paris: Librairie Arthème Fayard, 2015.

SUSSEKIND, Arnaldo. História e perspectiva do direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2002.

O teletrabalho na administração pública portuguesa: tópicos para uma revisão do regime jurídico

Telework in the Portuguese Public Administration: Topics for a modification of the legal framework

Mário Simões Barata¹

Sumário: 1. Introdução; 2. Teletrabalho e o contrato de trabalho em funções públicas; 3. Noção e modalidades; 4. Vantagens e desvantagens; 5. Tópicos para uma revisão do regime jurídico; 6. Conclusão.

Resumo: A pandemia associada ao Covid-19 está a ter um profundo impacto nas relações laborais, na medida em que os governos de diversas nações têm recomendado e ou imposto o recurso ao teletrabalho de modo a reduzir os contactos sociais, e, por conseguinte, reduzir as probabilidades de transmissão do vírus. Portugal não constitui nenhuma exceção a esta realidade e o Governo tem ao longo do ano de 2020 recomendado a adoção do teletrabalho ou imposto esta forma particular de trabalho, designadamente na administração pública. Assim, o regime legal do teletrabalho subordinado que até à pandemia era tido como relativamente pacífico, está atualmente a ser minuciosamente examinado e o Governo já anunciou a revisão do mesmo. Este artigo visa analisar as regras que disciplinam o teletrabalho subordinado na Administração Pública, nomeadamente os Artigo 68º e 69º da Lei Geral de Trabalho em Funções Públicas, e a remissão que este diploma estabelece para o regime jurídico do teletrabalho constante dos artigos 165º e seguintes do Código do Trabalho. Contudo, a doutrina aponta para várias limitações conexas com o regime jurídico do teletrabalho. Nesse sentido, o artigo explora alguns tópicos para uma eventual revisão das normas jurídicas associadas ao teletrabalho subordinado na administração pública, designadamente no que se refere ao acordo entre o trabalhador e o empregador, à propriedade dos instrumentos de trabalho, à privacidade, aos meios de vigilância a distância e à fiscalização.

Palavras-chave: Teletrabalho; Regime jurídico; Administração Pública.

Abstract: The Covid-19 pandemic is having a profound impact on labour relations, as the governments of several nations have recommended or imposed the use of telework to reduce social contacts, and, therefore, reduce the probabilities of virus transmission. Portugal is no exception to this reality and the Government has recommended, throughout 2020, the adoption of telework or imposed this form of work, namely in the public administration. Thus, the legal regime of subordinate teleworking, which until the pandemic was uncontroversial, is currently being scrutinized and the Government has already announced its review. This article seeks to analyse the legal regime that regulates subordinate telework in the Public Administration, namely Articles 68 and 69 of the General Law on Labour in Public Functions and the reference that this diploma establishes to the legal regime of telework in Article 165 and subsequent provisions of the Labour Code. However, the doctrine points to several limitations related to the legal regime regarding telework. In this sense, the article explores some topics for a possible alteration of the legal norms associated with subordinate telework in the public administration, namely regarding the agreement between worker and employer, ownership of work instruments, privacy, the means of surveillance, and inspection.

Key words: Telework; Legal regime; Public Administration.

¹ Mário Simões Barata. Doutor em Direito. Professor Adjunto do Politécnico de Leiria. Investigador do Instituto Jurídico da Portucalense (IJP). E-mail: mario.barata@ipleiria.pt

1. Introdução

A pandemia associada ao Covid-19 está a ter um profundo impacto nas relações laborais, na medida em que os governos de diversas nações têm recomendado e ou imposto o recurso ao teletrabalho de modo a reduzir os contactos sociais, e, por conseguinte, reduzir as probabilidades de transmissão do vírus. Portugal não constitui nenhuma exceção a esta realidade e o Governo tem ao longo do ano de 2020 recomendado a adoção do teletrabalho ou imposto esta forma particular de trabalho, designadamente na administração pública. Assim, o regime legal do teletrabalho subordinado que até à pandemia era tido como relativamente pacífico, está atualmente a ser minuciosamente examinado e o Governo já anunciou a revisão do mesmo. Este artigo visa analisar as regras que disciplinam o teletrabalho subordinado na Administração Pública, nomeadamente os Artigos 68º e 69º da Lei Geral de Trabalho em Funções Públicas, e a remissão que este diploma estabelece para o regime jurídico do teletrabalho constante dos Artigos 165º e seguintes do Código do Trabalho. Contudo, a doutrina aponta para várias limitações conexas com a disciplina legal do teletrabalho na administração pública. Nesse sentido, o artigo explora alguns tópicos para uma eventual revisão das normas jurídicas associadas ao teletrabalho subordinado, designadamente no que se refere ao acordo entre o trabalhador e o empregador, à propriedade dos instrumentos de trabalho, à privacidade, aos meios de vigilância a distância e à fiscalização.

2. Teletrabalho e o contrato de trabalho em funções públicas

A maior parte do trabalho livre, subordinado e remunerado na administração pública portuguesa é desenvolvido no quadro da Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas (LTFP) aprovada pela Lei nº 35/2014, de 20 de junho.² Em matéria de teletrabalho a LTFP encerra duas normas fundamentais: a primeira estabelece uma remissão para o Código do Trabalho, ao passo que a segunda regula o trabalho a tempo parcial e o teletrabalho para os trabalhadores nomeados.

Os Artigos 68º e 69º do LTFP fixam o seguinte:

Artigo 68º

Remissão

Sem prejuízo do disposto na presente lei é aplicável aos trabalhadores titulares de um vínculo de emprego público o regime previsto no Código do Trabalho em matéria de trabalho a tempo parcial e de teletrabalho.

O empregador público não pode excluir o recurso ao trabalho a tempo parcial por regulamento.

Não é aplicável ao vínculo de emprego público o regime da comissão de serviço e do trabalho intermitente previstos no Código do Trabalho.

Artigo 69º

Trabalho a tempo parcial e teletrabalho para os trabalhadores nomeados

² Este diploma já foi alterado treze vezes a última das quais pela Lei nº 2/2020, de 31 de março.

A aplicação do regime de tempo parcial e do teletrabalho a trabalhadores nomeados pode ser determinada pelo empregador mediante requerimento do trabalhador.

Relativamente aos trabalhadores com vínculo de nomeação, o empregador pode, por regulamento estabelecer para a admissão em regime de tempo parcial preferências em favor dos trabalhadores com responsabilidades familiares, dos trabalhadores com capacidade de trabalho reduzida, pessoa com deficiência ou doença crónica e dos trabalhadores que frequentem estabelecimentos de ensino médio ou superior.

Contudo, entendemos que a remissão estabelecida pelo último segmento do nº 1 do Artigo 68º para o Código de Trabalho (CT) que se aplica às relações jurídico-privadas de trabalho livre, remunerado e subordinado constitui o problema central que urge analisar. Consequentemente, o regime jurídico do teletrabalho que se encontra nos Artigos 165º e seguintes do CT aplica-se aos trabalhadores da administração pública (i. e., cujo vínculo é disciplinado pela LTFP). Tal significa que as matérias referentes ao sujeito do contrato de trabalho; à forma; aos instrumentos de trabalho; aos direitos individuais; à privacidade e aos direitos coletivos estão disciplinados no CT, o que suscita várias questões de compatibilidade que a pandemia veio sublinhar.

3. Noção e modalidades³

O legislador define o teletrabalho no Artigo 165º do CT como “a prestação laboral realizada com subordinação jurídica, habitualmente fora da empresa e através do recurso a tecnologias de informação e comunicação”. Esta noção comporta, de acordo com João Leal Amado, os dois elementos que caracterizam o teletrabalho: o elemento geográfico (i.e., o trabalho realizado à distância) e o elemento tecnológico (i.e., com recurso a tecnologias de informação e de comunicação).⁴

Diferentemente, António Monteiro Fernandes dá destaque às características da subordinação e da distância quando analisa a noção de teletrabalho. Assim, ao contrário do contrato de trabalho comum onde o empregador e trabalhador partilham o mesmo espaço, i.e., a relação laboral é presencial, o teletrabalho subordinado “organiza-se de modo que o empregador ou a chefia tem, em cada momento (de um horário de trabalho), a possibilidade de transmitir instruções, acompanhar diretamente a sua execução e realizar eventuais ações corretivas, sem que se acham na presença um do outro”.⁵

Contudo, a noção oferecida pelo legislador é alvo de críticas na doutrina. Nesse sentido, Monteiro Fernandes considera que a expressão “tecnologias de informação e de comunicação” é débil e vaga. O autor sustenta que o significado do enunciado aponta para os domínios da informática e da eletrónica e afirma que estas “existem há muito, com distintas características e diferentes graus de sofisticação. A expressão não é, pois, inteiramente esclarecedora”.⁶

O teletrabalho apresenta de acordo João Leal Amado um “carácter multifacetado, assumindo diversas modalidades”.⁷ Nesse sentido, se atendermos ao critério

3 Os pontos nº 3 e 4 seguem a nossa exposição em BARATA, Mário S. – “O Regime Jurídico do Teletrabalho em Portugal”, in Revista Ibérica de Direito, volume I, nº 1, 2020, p. 58-65.

4 AMADO, João C. L. Contrato de Trabalho, p. 121.

5 FERNANDES, A. M. - Direito do Trabalho, p. 210.

6 Idem, p. 210.

7 AMADO, Contrato de Trabalho, p. 121.

geográfico, ou seja, o local onde o teletrabalho se desenvolve, estamos perante o chamado teletrabalho no domicílio e fora do mesmo. O primeiro representa a modalidade mais frequente de teletrabalho. No entanto, existe o chamado teletrabalho prestado num telecentro (i.e., uma estrutura partilhada por diversos trabalhadores sem relação entre si e ligados a diversas empresas). Para além deste, há o teletrabalho móvel ou nómada que é prestado através de instrumentos portáteis (por exemplo: smartphones e tablets) em qualquer lugar. Se considerarmos o critério comunicativo, ou seja, o tipo de ligação entre a entidade patronal e o trabalhador, a doutrina distingue entre o teletrabalho “on-line” e o teletrabalho “offline”. Todavia, aquele que interessa mais é, na opinião de Leal Amado, o teletrabalho “on-line” e em ambos os sentidos, dado a conexão permanente e a possibilidade de existir um diálogo entre o computador periférico do trabalhador e o computador central do empregador.⁸

4. Vantagens e desvantagens

A doutrina regista várias vantagens e desvantagens conexas com o teletrabalho consoante a perspetiva do trabalhador, do empregador ou da sociedade em geral.⁹

Em primeiro lugar, o teletrabalho elimina a despesa das deslocações para a (e da) empresa; diminui o “stress” laboral e proporciona um melhor aproveitamento do tempo; facilita o acesso ao emprego por parte de pessoas com deficiência. Contudo, o teletrabalho comporta algumas desvantagens na perspetiva do trabalhador. Nesse sentido, a doutrina aponta para um maior isolamento de quem presta o trabalho; alguma diluição das fronteiras entre a vida profissional e a vida privada; menor controlo em situações de ultrapassagem dos limites legais no que diz respeito ao tempo de trabalho.

Em segundo lugar, há vantagens e desvantagens do teletrabalho para a empresa ou o empregador. Assim, Ana Lambelho e Luisa Andias Gonçalves apontam para a redução de custos operacionais associados à deslocalização da atividade. A redução de custos estende-se também ao espaço necessário para acolher o trabalhador na empresa. Todavia, a prestação de trabalho no regime de teletrabalho implica um “menor controlo sobre a atividade do trabalhador”.¹⁰

Por último, os benefícios e os inconvenientes do teletrabalho poderão ser considerados na ótica da sociedade. Assim, a doutrina aponta para uma maior qualidade de vida, na medida em que haverá menos congestionamentos de trânsito, redução da poluição, e um menor consumo de energia. Para além destas vantagens associadas ao menor número de deslocações, os autores referem a possibilidade de requalificar determinadas zonas urbanas e uma diminuição da procura de terrenos com vista à construção de unidades fabris ou de escritórios.¹¹

⁸ Ver, AMADO, Contrato de Trabalho, p. 121 e 122.

⁹ A propósito desta questão ver AMADO, Contrato de Trabalho, p. 120 e 121; LAMBELHO, A.: GONÇALVES, L. A. - Direito do Trabalho: Da Teoria À Prática, p. 135; MELO, M. A. - Teletrabalho: um estudo comparado entre Portugal e Brasil sobre a transformação das relações de trabalho, p. 15 e ss.

¹⁰ LAMBELHO; GONÇALVES, Direito do Trabalho, p. 135.

¹¹ Ver, AMADO, Contrato de Trabalho, p. 122.

5. Tópicos para uma revisão do regime jurídico

Conforme já afirmámos o teletrabalho em contexto de pandemia convoca algumas questões. Assim, o legislador deve, em nossa opinião, rever vários aspetos do regime jurídico do teletrabalho na administração pública.

a) O acordo do trabalhador

O Artigo 166º do CT visa responder à seguinte pergunta: quem pode trabalhar em regime de teletrabalho? A qualidade de teletrabalhador pode ser assumida por um trabalhador que já pertence à empresa (trabalhador interno) ou por um trabalhador especificamente recrutado para esse efeito (trabalhador externo). Contudo, o legislador tratou diferentemente estas duas hipóteses. Assim, o trabalhador externo pode exercer a sua atividade – teletrabalho originário - por um período determinado ou indeterminado. O contrato original poderá ser igualmente modificado no sentido de o trabalhador passar a exercer a sua atividade de acordo com o regime dos demais trabalhadores da empresa (i.e., a lei permite a transição do trabalho externo para o trabalho interno). No entanto, o legislador foi mais cauteloso com os trabalhadores internos que passam a exercer a sua atividade em regime de teletrabalho. Por outras palavras, um trabalhador interno poderá passar a exercer a sua atividade no regime de trabalho externo. Esta modificação laboral só pode durar três anos e está dependente de um acordo entre a entidade empregadora e o teletrabalhador.¹² Assim, a prestação de teletrabalho subordinado é, de acordo com Maria do Rosário Palma Ramalho, “em regra, titulada pelo acordo de teletrabalho” independentemente da modalidade (i.e., teletrabalho externo ou interno).¹³ Este acordo consta do próprio contrato de trabalho.¹⁴

Contudo, a lei recortou duas hipóteses onde não é necessário acordo. A primeira situação especial de teletrabalho que não assenta no acordo das partes prende-se com o trabalhador vítima de violência doméstica.¹⁵ Neste caso, o trabalhador tem o “direito potestativo à mudança para o regime de teletrabalho, caso este seja compatível com a atividade desempenhada”.¹⁶ A segunda situação ocorre no contexto da parentalidade. Assim, o trabalhador com filho de idade inferior a três anos tem o direito a exercer a sua atividade em regime de teletrabalho, quando esta modalidade de prestação de trabalho seja compatível com a atividade que desempenha e o empregador tenha recursos para o efeito.¹⁷

Apesar da lei disciplinar duas situações onde há lugar à dispensa da concordância da entidade patronal, podemos concluir que o teletrabalho em Portugal assenta no acordo entre a entidade empregadora e o trabalhador. No entanto, o legislador em contexto de pandemia conjugado com o estado de emergência impôs o teletrabalho a dezenas de milhares de trabalhadores na administração pública. Logo, o Estado

¹² Ver o nº 1 do Artigo 167º do Código do Trabalho.

¹³ RAMALHO, M. R. P. - Tratado de Direito do Trabalho, Parte IV – Contratos e Regimes Especiais, p. 181.

¹⁴ O acordo deve revestir a forma escrita de acordo com o nº 5 do artigo 166º do Código do Trabalho.

¹⁵ Ver o nº 2 do Artigo 166º do Código do Trabalho.

¹⁶ LAMBELHO; GONÇALVES, Direito do Trabalho, p. 136.

¹⁷ Ver o nº3 do Artigo 166º do Código do Trabalho.

alterou as regras contratuais de uma forma unilateral. Assim, o legislador deverá repensar a questão conexa com o acordo entre os sujeitos da relação laboral/imposição no quadro de uma futura revisão do regime legal do teletrabalho na administração pública e disciplinar a sua eventual obrigatoriedade em estado de emergência e de estado de sítio.

b) Propriedade dos instrumentos de trabalho

O dever de custódia é, de acordo com António Monteiro Fernandes, um dos deveres acessórios do trabalhador. Tal dever resulta do facto de que os instrumentos de trabalho não serem propriedade do trabalhador, mas adstritos pelo empregador. Contudo, tal pode não ser a realidade no teletrabalho. Esta situação levou à previsão de regras sobre a propriedade dos instrumentos de teletrabalho. Assim, na falta de estipulação no contrato a lei presume que os instrumentos de trabalho respeitantes à tecnologia de informação e de comunicação pertencem ao empregador. Ao empregador cabe igualmente a instalação, manutenção e pagamento das inerentes despesas de acordo com a parte final do nº 1 do Artigo 168º do CT. Aplicando a disposição ao teletrabalho na administração pública Ana Catarina Sá Gomes de Melo Matos Salgado afirma o seguinte: “Cumpra referir, porém, que, nos termos do artigo 168.º do Código do Trabalho, quando não existir qualquer estipulação contratual, presume-se que os instrumentos de trabalho utilizados pelo teletrabalhador respeitantes a tecnologias de informação e de comunicação são da propriedade do empregador público, que é responsável pela instalação e manutenção, bem como pelo pagamento das inerentes despesas”.¹⁸ O legislador disciplinou igualmente o uso desses instrumentos, na medida em que estabelece que “salvo acordo em contrário, o trabalhador não pode dar os instrumentos de trabalho disponibilizados pelo empregador uso diverso do inerente ao cumprimento da sua prestação de trabalho”.¹⁹

No entanto, na esmagadora maioria das situações de teletrabalho na administração pública no contexto da pandemia associada ao Covid-19 a propriedade dos instrumentos de trabalho (i.e., o computador e a impressora) pertence ao trabalhador. Para além disso, o trabalhador é que paga as despesas conexas com o teletrabalho (i.e., o acesso à internet e a eletricidade). Assim, o legislador deve ponderar tal realidade numa futura revisão das regras que disciplinam o teletrabalho e criar uma gratificação e estabelecer as condições de reembolso que visem compensar não só o desgaste do equipamento informático adquirido pelo trabalhador e o acesso à internet bem como o custo energético e os eventuais consumíveis inerentes ao desempenho das suas funções públicas.

c) Privacidade

A questão da privacidade no teletrabalho assume uma relevância especial

¹⁸ SALGADO, Ana Catarina Sá Gomes de Melo Matos, O Contrato de Trabalho em Funções Públicas, p. 351, nota 364.

¹⁹ Ver o nº 3 do Artigo 168º do Código do Trabalho.

dado que o trabalhador, na maior parte dos casos desta modalidade de trabalho, desempenha funções em casa. Consequentemente, o legislador entendeu introduzir algumas regras específicas.²⁰ Desta forma, o empregador tem de respeitar a privacidade do teletrabalhador, os tempos de descanso e de repouso da família. Nesse sentido, o empregador pode visitar o teletrabalhador em casa. Contudo, tais visitas, destinadas ao controlo da atividade laboral e à verificação dos instrumentos de trabalho, só podem ser efetuadas entre as 9 e as 19 horas.

Apesar de o legislador ter balizada o período temporal relativamente às visitas da entidade patronal, a doutrina entende que o fez de uma forma deficiente. Neste sentido, Maria do Rosário Palama Ramalho defende que tais visitas só podem ocorrer em dia normal de trabalho e subscreve as observações de Teresa Coelho Moreira que afirma que “a norma peca por defeito, ao não limitar expressamente o horário das visitas em função do período de trabalho semanal, uma vez que não faz sentido que o empregador visite o teletrabalhador no seu domicílio, durante o período de repouso semanal, ainda que entre as 9 e as 19 horas”.²¹ Assim, o legislador deve rever a redação do n.º 1 e 2 do atual Artigo 170.º do CT de modo a garantir a privacidade do teletrabalhador da administração pública com vista a proteger o mesmo de visitas indesejadas e inoportunas do Estado.

d) Meios de vigilância a distância

Um outro aspeto do teletrabalho que merece reponderação prende-se com o controlo de desempenho do trabalhador. Este controlo terá de ser feito utilizando os mesmos meios que o trabalhador utiliza para prestar a sua atividade (i.e., os meios informáticos). Partindo desse pressuposto, o legislador aligeirou²², de acordo com Maria do Rosário Palama Ramalho, o princípio geral de proibição da vigilância do trabalhador à distância, que está consagrado no n.º 1 do Artigo 20.º do CT. No caso do teletrabalho o aligeiramento deveu-se à própria natureza da atividade, na medida em que “não há outra forma de exercer o poder de vigilância ou controlo”.²³ Contudo, a autora alerta para o risco conexo com comportamentos assediadores do trabalhador por via informática por parte da entidade empregadora. Assim, uma eventual revisão das normas jurídicas conexas com o teletrabalho subordinado deverá contemplar a questão da vigilância ou do controlo, de modo a salvaguardar a privacidade do trabalhador e dissuadir qualquer prática de assédio do trabalhador.²⁴

e) Fiscalização

Por último, importa tecer algumas considerações relativamente ao poder de fiscalização. Assim, ao contrário do teletrabalho desenvolvido no quadro das relações

20 Ver o Artigo 170.º do Código do Trabalho.

21 RAMALHO, Contratos e Regimes Especiais, p. 187, nota 209.

22 O aligeiramento da proibição encontra-se na parte final do n.º 2 do Artigo 20.º do Código do Trabalho.

23 RAMALHO, Contratos e Regimes Especiais, p. 188.

24 Ver o Artigo 29.º do Código do Trabalho.

jurídico-privadas de trabalho livre, remunerado e subordinado que é fiscalizado pela Autoridade de Condições de Trabalho (ACT), o teletrabalho prestado na administração pública é fiscalizado pela Inspeção Geral de Finanças (IGF). De acordo com a lei orgânica desta entidade, uma das várias atribuições do IGF prende-se com a sua capacidade para “avaliar e controlar o cumprimento da legislação que regula os recursos humanos da Administração Pública”.²⁵ Contudo, questionamos a bondade desta solução tendo em conta a missão e o elenco de atribuições da IGF que parecem estar muito mais orientadas para o controlo estratégico da administração financeira do Estado. Neste quadro, urge reponderar a solução legislativa e conferir esta atribuição em concreto a uma entidade especialmente desenhada e com experiência para fiscalizar o cumprimento da legislação laboral, como é o caso da ACT.

6. Conclusão

Em suma, a pandemia conexas com o COVID-19 veio expor a deficiente regulamentação legal conexas com o teletrabalho na administração pública. A opção vertida na Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas que simplesmente remeteu o regime jurídico do teletrabalho subordinado no Estado para aquela constante do Código de Trabalho é censurável, na medida em que não cuidou da especificidade do trabalho em funções públicas nem aquele regime está adequado à situação de pandemia. Assim, o legislador deve refletir seriamente sobre o regime jurídico do teletrabalho de modo a ajustar o mesmo ao mundo pós-covid 19, que certamente será diferente, e proceder a uma necessária revisão de alguns aspetos, designadamente naquilo que se refere ao acordo entre os sujeitos do contrato, à propriedade dos instrumentos de trabalho, à privacidade, aos meios de vigilância a distância e à fiscalização.

Referências Bibliográficas

AMADO, João Leal – Contrato de Trabalho: Noções Básicas. Coimbra: Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-6736-0

BARATA, Mário Simões – O regime do teletrabalho em Portugal. Revista Ibérica de Direito, 2020, volume I, nº 1, p. 58-65. ISSN 2184-7487

FERNANDES, António M. - Direito do Trabalho, 18ª edição. Coimbra: Almedina, 2017. ISBN 978-972-40-6999-9

LAMBELHO, Ana; GONÇALVES, Luísa Andias – Direito do Trabalho: Da Teoria à Prática. Lisboa: Rei dos Livros, 2017. ISBN 978-989-8823-48-9

MELO, Marcella Alves de – Teletrabalho: um estudo comparado entre Portugal e Brasil sobre a transformação das relações de trabalho [texto policopiado]. Porto: [s. n.], 2018. Dissertação de mestrado.

²⁵ Ver a alínea j) do nº 2 do Artigo 2º do Decreto-Lei nº 96/2012, de 23 de abril, que aprovou a orgânica da Inspeção Geral de Finanças.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma – Tratado de Direito do Trabalho: Parte IV – Contratos e Regimes Especiais. Coimbra: Almedina, 2019. ISBN 978-972-40-8054-3

SALGADO, Ana Catarina Sá Gomes de Melo Matos – O Contrato de Trabalho em Funções Públicas [texto policopiado]. Lisboa: [s. n.], 2015. Tese de doutoramento.

Vulnerabilidade, coculpabilidade e compreensão equitativa do delito

Vulnerability, co-culpability and equitable comprehension of the crime

Allana Campos Marques Schrappe¹

Stanley Ernesto Prause Fontana²

Sumário: 1. Culpabilidade e vulnerabilidade; 2. A compreensão equitativa e a atenuante inominada da coculpabilidade; 3. Coculpabilidade e vulnerabilidade: aberturas legislativas no âmbito processual; Considerações finais.

Resumo: O presente trabalho visa analisar a relação entre coculpabilidade, vulnerabilidade e o conceito de compreensão equitativa do delito proposto por Luigi Ferrajoli. Assim, caracteriza-se como um estudo doutrinário interdisciplinar, que analisa, por meio do método dialético, as aberturas legislativas que permitem, por um lado, através de conceitos oriundos da criminologia e da dogmática críticas, o reconhecimento da atenuante da coculpabilidade em hipóteses de redução de capacidade de escolha do sujeito ativo do delito em situação de vulnerabilidade; por outro, analisa as aberturas legislativas que permitem o reforço da garantia da jurisdicionalidade estrita. A coculpabilidade como atenuante inominada permite o reconhecimento de situações de vulnerabilidade em contextos latino-americanos, marcados por desigualdades sociais que influenciam o esforço pessoal do sujeito para se fazer vulnerável. Neste sentido, a valoração simpatética e a compreensão equitativa do delito permitem ao juiz a análise de cada caso concreto em suas singularidades, com o respeito à pessoa em julgamento. Após as análises, percebe-se a importância do resgate da vulnerabilidade e da coculpabilidade do Estado, que encontram a sua condição de possibilidade na compreensão equitativa do delito, a fim de revelar que a pobreza, a marginalização e outras formas de invisibilidade social devem mitigar e não justificar a reprovação pelo crime.

Palavras-chave: Coculpabilidade; Compreensão equitativa; Culpabilidade; Vulnerabilidade.

Abstract: This paper aims to analyze the relationship between co-culpability, vulnerability and the concept of equitable comprehension of crime proposed by Luigi Ferrajoli. Thus, it is characterized as an interdisciplinary doctrinal study which analyzes, through the dialectic method, the legislative openings that allow, on the one hand, through concepts derived from critical criminology and dogmatics, the recognition of the attenuating of co-culpability in hypotheses of reduction of the capacity of choice of the crime's active subject in a situation of vulnerability; on the other hand, it analyzes the legislative openings that allow the reinforcement of the guarantee of strict jurisdictionality. The co-culpability as an unnamed attenuating factor allows for the recognition of situations of vulnerability in Latin-American contexts marked by social inequalities that influence the personal effort of the subject to become vulnerable. In this sense, the sympathetic assessment and equitable comprehension of the crime allow the judge to analyze each specific case in its singularities, with respect to the person on trial. After the analysis, one realizes the importance of the rescue of the vulnerability and the co-culpability of the State, which find their condition of possibility in the equitable understanding of the crime, in order to reveal that poverty, marginalization and other forms of social invisibility should mitigate – and not justify – the reproof for the crime.

Keywords: Co-culpability; Equitable comprehension; Culpability; Vulnerability.

1 Doutora em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná, Brasil. Professora de Criminologia e Direito Penal no Centro Universitário Autônomo do Brasil/UniBrasil. E-mail: allanacms@uol.com.br

2 Mestrando em Direitos Fundamentais e Democracia pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil/UniBrasil. E-mail: stan_chz@hotmail.com

1. Culpabilidade e vulnerabilidade

O problema fundamental que acompanha as discussões acerca da culpabilidade reside na possibilidade ou não de o agente agir de maneira diversa, ou seja, no próprio fundamento do juízo de reprovação. Basicamente, duas linhas opostas de pensamento procuram oferecer respostas a tal problema. Para os deterministas, tanto as ações quanto as intenções são produtos de causas condicionantes, como fatores físicos, psíquicos e econômicos. Em contrapartida, as concepções ligadas ao livre-arbítrio pregam que a vontade humana é normalmente incondicionada, ou seja, que os seres humanos sempre podem se autodeterminar de forma racional³.

Dentre as teorias que negam a vontade livre e consciente como motor da ação humana, destacam-se as oriundas do positivismo criminológico defensivista, cujas bases teóricas passam pelos aspectos bioantropológicos da Escola positivista italiana, e as concepções contemporâneas fruto das descobertas das neurociências, que sugerem que as escolhas humanas são absolutamente determinadas: os processos causais neurológicos eliminam a possibilidade de o agente querer agir de maneira diversa daquela que efetivamente agiu.

Os avanços das neurociências colocam em dúvida não somente o conceito de culpabilidade, mas também do próprio Direito, e reforçam a tendência de defesa social e substituição de penas por medidas de segurança ou por intervenções da neuromedicina, motivadas pela periculosidade do sujeito⁴, o que demonstra que tais teorias constituem apenas mais um capítulo da grande celeuma há muito tempo existente no campo da culpabilidade: a problemática em torno do seu fundamento, refletida na dicotomia livre arbítrio versus determinismo, culpabilidade versus periculosidade. Manter a discussão restrita a tal dicotomia, bem como dirigida à busca por um fundamento empiricamente demonstrável, faz com que sejam ignorados os fatores reais de poder e as mazelas produzidas pelo sistema capitalista, que têm reflexos na liberdade de ação do agente, e faz com que sejam negligenciadas as situações anormais de desigualdade e de abandono estatal.

Para servir de limite ao arbítrio estatal em sistemas penais latino-americanos, o conceito de culpabilidade requer: (i) a rejeição, já de início, da busca por um fundamento empiricamente demonstrável, o que exige a adoção de um conceito dialético de direito penal⁵; (ii) a aceitação da liberdade (base ética) como fundamento da culpabilidade, com a ressalva de que a liberdade só é passível de uma demonstração

3 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 452.

4 GÜNTHER, Klaus. "Neurociências e o conceito de culpabilidade do direito penal". in: *Revista Direitos Fundamentais e Democracia*, v. 24, n. 3, Curitiba, 2019, p. 227.

5 Considera-se essencial para a perspectiva dialética a superação do dogma do positivismo jurídico a partir da adoção de princípios das epistemologias dialéticas, cujo objeto de conhecimento é construído no interior das condições concretas em que se realiza. No campo da culpabilidade, isto significa que sejam consideradas situações de vulnerabilidade e coculpabilidade, por exemplo. Sobre as epistemologias dialéticas, conferir: MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. *A ciência do direito: conceito, objeto, método*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001; WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 2ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

lógica, nunca empírica⁶; (iii) a íntima vinculação entre liberdade e causalidade, que traz como consequência a relativização do conceito de liberdade: sem determinações sociais e psíquicas a liberdade estaria para sempre comprometida⁷; (iv) a suposição da liberdade como fundamento ético⁸ e, neste sentido, só há culpabilidade (e só há Direito) se houver ao menos uma pressuposição de que o sujeito é livre; (v) o manejo da culpabilidade a partir da consideração concreta das situações de vulnerabilidade e coculpabilidade.

Tais premissas vinculam a culpabilidade à ideia de democracia, aqui definida como o “espaço de coexistência de alteridade”⁹, possibilitando que se afaste qualquer aplicação de culpabilidade de autor fundada nas bases do determinismo perigosista e abrindo as possibilidades de aplicação da culpabilidade pela vulnerabilidade.

Aplicar, portanto, a culpabilidade a partir da ideia de democracia equivale a observar as características dos sistemas penais em sua concretude, sobretudo os processos de criminalização secundária. Neste contexto, a incorporação dos postulados da criminologia e da dogmática críticas orienta a ideia de culpa para a redução de danos, com ênfase na criação de instrumentos de controle das formas de punição. Tais postulados contribuem para identificar a vulnerabilidade de pessoas ou de grupos sociais, que decorre, por exemplo, da construção de estereótipos¹⁰.

Assim, o manejo dogmático da culpabilidade não pode prescindir das contribuições criminológicas referentes à ideia de vulnerabilidade, que aprimora as análises realizadas pela teoria do etiquetamento, segundo a qual rótulos delitivos são impostos aos indivíduos por mecanismos e órgãos de controle social, que resulta, segundo Salo de CARVALHO, na essencialização do criminoso, cuja identificação biográfica se confunde com a prática do delito¹¹.

A culpabilidade de ato, por si só, é insuficiente para dar conta da seletividade estrutural do sistema punitivo, que exerce alto grau de periculosidade para a

6 O fundamento da culpabilidade atua como uma premissa primeira, que pode ser tomada como ponto de partida para uma demonstração e postulada como verdadeira desde o princípio (Cfr ARISTÓTELES. Tópicos. Livro I, cap. 1, 100b, 18-20. São Paulo: Abril Cultural, 1973). Dirk Fabricius sustenta que a culpabilidade se assemelha ao unicórnio: uma bela representação que não tem existência real. Sem ignorar as dificuldades, o autor argumenta que as ciências penais não devem prescindir da culpabilidade e que as capacidades previstas na lei relativas ao conceito são importantes para que o indivíduo possa ser considerado cidadão e para o correto funcionamento do Estado Democrático de Direito (FABRICIUS, Dirk. Culpabilidade e seus fundamentos empíricos. Curitiba: Juruá, 2006. p. 14-16).

7 SCHRAPPE, Allana Campos Marques. Culpabilidade e liberdade, p. 112. Conferir KREMER-MARIETTI, Angèle. A Moral. Lisboa: Edições 70, 1990, p. 43-44.

8 ZAFFARONI, ao tratar da crise do conceito de culpabilidade oriunda da deslegitimação do exercício de poder do sistema penal, afirma que “Com os critérios tradicionalmente adotados pela doutrina parece que se delineia uma situação sem solução: a culpabilidade como reprovabilidade está em crise, tornando-se insustentável devido à deslegitimação da reprovação, dado que a seletividade e a reprodução da violência subtraem-lhe todo sentido ético. Por outro lado, não resulta possível construir a culpabilidade sem uma base ética, sob pena de se reduzi-la a um instrumento proveitoso ao poder, que deslegitimaria a intervenção judicial que a utilizasse, mas, ao mesmo tempo, a conservação desta base na forma tradicional não é mais que uma racionalização. É óbvio que, a partir de perspectivas mais ou menos usuais, achamo-nos diante da ‘quadratura do círculo’” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal. 5ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 263-264).

9 MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. “O Poder Judiciário na perspectiva da sociedade democrática: o juiz-cidadão”. In: Revista ANAMATRA. n. 21. Brasília, 1994, p. 48.

10 CARVALHO, Salo de. Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 228-230.

11 CARVALHO, Salo de. Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro, ob. cit., p. 230.

maioria da população dos países latino-americanos, por força dos problemas de marginalização causados pela desigualdade social, ainda que somente atinja alguns que se esforçam para alcançar a vulnerabilidade concreta. Desta forma, o esforço para se tornar vulnerável em relação ao sistema penal é menor para quem vive em situações adversas do que para aqueles que experimentam condições sociais e econômicas mais favoráveis, os quais precisam de maior esforço para serem atingidos¹². Em sociedades patriarcais e patrimonialistas como a brasileira, a situação da população pobre e negra¹³, particularmente estereotipada e excluída, demonstra níveis preocupantes de encarceramento e expõe as desigualdades do sistema penal.

A proposta, portanto, é a de vincular, de maneira personalizada, o autor ao injusto penal cometido para delimitar a intervenção máxima do poder punitivo a ser exercida sobre o infrator. Contrapõe-se o âmbito de determinação do sujeito no momento da prática do fato delituoso ao esforço para se fazer concretamente vulnerável em relação ao sistema penal, com o desconto do mero estado de vulnerabilidade que varia em cada caso. Desse processo dialético resulta o juízo de reprovação do delito que preserva as bases éticas tradicionais, sem, contudo, ignorar dados importantes da penalidade contemporânea¹⁴.

Propõe-se, nas próximas linhas, o modelo de valoração equitativa do desvio punível, o qual permite que se captem os fatores que influenciam na definição da medida de esforço pessoal dos agentes para que se façam vulneráveis em relação às instâncias sociais de controle e abre a possibilidade do reconhecimento da atenuante da coculpabilidade.

2. A compreensão equitativa e a atenuante inominada da coculpabilidade

Conforme vimos, a vulnerabilidade e a culpabilidade do ato são conceitos em tensão dialética: ao mesmo tempo em que a reprovação do delito é necessária, a seletividade do sistema penal e a periculosidade concreta que exerce sobre os mais débeis são dados que redefinem a concepção da clássica pergunta se o agente poderia ou não ter agido de outra maneira. Exercícios críticos e imaginativos são exigidos na construção do conteúdo da culpa, que não depende mais de posições apriorísticas e metafísicas, mas dos elementos que condicionam a política criminal oriundos das práticas neoliberais que se universalizaram.

Logo, se os fundamentos da culpabilidade foram abalados e os problemas da penalidade atual não podem ser esquecidos na atividade persecutória, coloca-se outra interrogação: como deve ser a análise judicial da gravidade do crime e do esforço para se fazer vulnerável? FERRAJOLI assevera que “quanto mais profunda

12 ZAFFARONI, Eugenio Raul; SLOKAR, Alejandro; ALAGIA, Alejandro. Manual de derecho penal. 2ª ed. Buenos Aires: Ediar, 2007, p. 517.

13 Juliana BORGES, ao analisar a ideologia racista e o sistema de justiça criminal no Brasil, afirma: “Acreditar que o elemento de classe não está informado pelo contexto e pelo elemento racializado e colonial da sociedade brasileira é invalidar que negros são 76% entre os mais pobres no país, que três em cada quatro negros estão presentes entre os 10% com a menor renda do país ou que, em 2015, negros recebiam, em média, 59,2% do rendimento dos brancos, mesmo com as políticas afirmativas de incentivo implementadas nos últimos anos” (BORGES, Juliana. Encarceramento em massa. São Paulo: Sueli Carneiro; Editora Jandaíra, 2020, p. 87).

14 ZAFFARONI, Eugenio Raul; SLOKAR, Alejandro; ALAGIA, Alejandro. Manual de derecho penal, ob. cit., p. 520.

e penetrante seja a compreensão do fato tanto maior será a atenuação, nos limites da justificação, de sua gravidade”. Ou seja, a “compreensão humana é sempre, tendencialmente, simpatética”¹⁵.

FERRAJOLI entende que a compreensão equitativa da situação de fato conotada manifesta-se com benevolência e compaixão. Por se referir sempre a casos concretos e humanamente determinados, essa forma de compreender respeita a pessoa em julgamento. A partir dela é que se verifica a sensibilidade, a inteligência e a moralidade do magistrado. Cabe esclarecer que não se trata de identificação com o psiquismo do agente do delito, mas de “participação imaginativa indireta e mediata”, tipicamente racional, que opera a representação do fato. Também não expressa a subjetividade do juiz senão a tentativa de “prescindir o mais possível de suas ideologias pessoais, de seus preconceitos e de suas inclinações para ‘compreender’ ou participar das ideologias, inclinações e condicionamentos do sujeito em julgamento”. Em última análise, a equidade é condição da imparcialidade do magistrado, razão pela qual é iníquo o julgador obtuso, que despreza as especificidades do caso, e aquele que não impede que a própria subjetividade seja determinante¹⁶.

A valoração simpatética e a compreensão equitativa revelam que o julgamento satisfatório pressupõe abertura do juiz para captar as singularidades do caso concreto, especialmente no que diz respeito à possibilidade de escolha e de autodeterminação do sujeito no momento em que se tornou concretamente vulnerável. Essa prática implica na suspensão dos preconceitos para encarar o “outro” como pessoa dotada de dignidade, não como mero objeto de reprovação pelas más ações ou capacidades débeis de autocontrole.

A compreensão equitativa parece relacionar-se com o princípio da tolerância, que impede o Estado de definir modelos de comportamento interno ou de pensamento, com vista a permitir que os sujeitos desenvolvam as próprias personalidades sem embaraços¹⁷. Para que a culpabilidade não se confunda com juízos moralizantes, identificados com as concepções superadas do instituto, a tolerância é a única opção viável.

As funções da equidade representam opção pelo direito penal mínimo e pelo princípio geral de tolerância quando as valorações não servem para punir o réu, mas para atenuar ou excluir a responsabilidade e a pena. Mais do que isso: a equidade vincula-se aos princípios epistemológicos da conotação e da compreensão judiciais, que fazem o juiz aderir às circunstâncias concretas dos casos apreciados. Tal compreensão considera todas as especificidades das situações e talvez, em muitos casos, possibilite absolvições. Ainda que os ordenamentos condicionem a absolvição ou a exclusão da punibilidade às hipóteses previstas na legislação ou em causas supraleais consolidadas pela dogmática penal, nada impede que se empreguem atenuantes genéricas que excluam os delitos¹⁸.

A coculpabilidade, apesar de não excluir o delito, pode atenuar a pena na segunda

15 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*, ob. cit., p. 156.

16 Ibidem, p. 157.

17 ROSA, Alexandre Morais da; et al. *Constituição, Estado e garantismo jurídico: diálogos cruzados*. São Paulo: Conceito, 2012, p. 2012, p. 122.

18 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*, ob. cit., p. 157.

fase da dosimetria, reservada à verificação da presença das circunstâncias legais. A atenuante inominada prevista no art. 66 do Código Penal constitui abertura para que se considerem os aspectos da seletividade do sistema penal e das desigualdades sociais, problemas históricos nos países latino-americanos, que influenciam o esforço pessoal do agente para se fazer vulnerável em relação às agências de controle penal.

Com efeito, a inefetividade do Estado em satisfazer os direitos sociais, econômicos e culturais requer o implemento de mecanismos de compensação para atenuar a responsabilidade daqueles que tiveram o direito ao desenvolvimento pessoal negado ou esquecido. A atenuação da reprimenda pela coculpabilidade significa a divisão de responsabilidades pela prática do delito com o Estado e com a sociedade. A norma do art. 66 do Código Penal brasileiro, assim, possibilita a recepção da atenuante da coculpabilidade, em razão do caráter não taxativo das atenuantes. Além das condições econômicas, a formação intelectual do acusado é importante para apreciar o grau de autodeterminação do sujeito¹⁹.

Outrossim, a culpabilidade, por pressupor o poder de o agente conduzir a si próprio de acordo com o direito, pode ser aplicada aos sujeitos socialmente incluídos; contudo, não atende ao escopo de garantia de limitação do jus puniendi quando direcionada aos marginalizados ou aos integrantes das chamadas subculturas. A valoração equitativa, nessa linha, amplia o horizonte do julgador para que participe da mundividência do acusado, sem reduzi-la à percepção da cultura dominante, pela qual os excluídos são vistos como estranhos, indesejados e até mesmo descartáveis. Assim, a implicação subjetiva do juiz e dos demais profissionais do direito requer juízos de valor que considerem a dignidade da pessoa humana e a ética da alteridade, a fim de utilizar o direito penal como instrumento de justiça e de transformação social²⁰.

Ademais, segundo Grégore Moreira de MOURA, a coculpabilidade promove a aproximação entre a dogmática jurídico-penal, a política criminal e a criminologia, com o escopo de proteger os mais débeis²¹, o que se coaduna com a proposta garantista de reduzir os espaços de poder e aumentar os campos de saber do processo penal.

3. Coculpabilidade e vulnerabilidade: aberturas legislativas no âmbito processual

A legislação brasileira consagra algumas disposições que, interpretadas a partir do método sistemático e compreendidas em consonância com a integridade da legislação, indicam que a vivência histórica do réu tem repercussões na dosimetria da pena²². No que toca ao processo, a primeira fase do interrogatório judicial é o momento oportuno

19 CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. Aplicação da pena e garantismo. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 74-75.

20 SCHRAPPE, Allana Campos Marques. “As subculturas criminais: elementos para pensar o papel do juiz em face da culpabilidade penal”, in: Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da Faculdades do Brasil, v. 1, n° 1, Curitiba, 2002, p. 73-76.

21 MOURA, Grégore Moreira de. Do princípio da coculpabilidade no direito penal. São Paulo: D’Plácido, 2020, p. 153-154.

22 Veja-se, por exemplo, o inciso I do art. 14 da Lei nº 9.605/1998, que versa sobre as sanções penais e administrativas das condutas e atividades lesivas ao meio ambiente e prevê que a pena sempre é atenuada em virtude do baixo grau de instrução ou de escolaridade do sujeito. No mesmo sentido, o art. 60 do Código Penal prevê que, na aplicação da pena de multa, o juiz deve atender, principalmente, à situação econômica do réu.

para o levantamento de provas sobre a biografia do acusado, porquanto o magistrado o indaga sobre a residência, meios de vida ou profissão, oportunidades sociais, lugar onde exerce a sua atividade, vida pregressa e se foi preso ou processado alguma vez, conforme o § 1º do art. 187 do Código de Processo Penal.

Ressalte-se que o material obtido na primeira fase do interrogatório submete-se ao controle das partes e pode ser empregado para subsidiar a aplicação da atenuante genérica da coculpabilidade. De fato, o local de residência, as profissões exercidas e as oportunidades de desenvolvimento pessoal constituem o âmbito concreto de liberdade do ser humano e das experiências decorrentes das disfuncionalidades das políticas públicas. As provas colhidas são importantíssimas para se aferir a real capacidade de escolha do indivíduo.

Cabe salientar que o estado de dúvida sobre a vulnerabilidade social do agente induz ao reconhecimento da atenuante genérica e não à sua refutação, tendo em vista o postulado do *in dubio pro reo*, inerente ao direito penal mínimo, que tutela a liberdade humana contra os excessos estatais. Até mesmo na dosimetria da pena, depois de superado o estado de inocência do acusado, a interpretação das circunstâncias legais, das atenuantes genéricas e das causas de diminuição de pena obedece à lógica de que a dúvida favorece o réu²³.

A fundamentação para acolher ou repelir a coculpabilidade deve basear-se em dados objetivos, que possam ser verificados e falseados pelas partes. A alusão, por exemplo, de que a coculpabilidade é demasiadamente genérica ou que constitui prêmio aos criminosos²⁴ impede que as partes exerçam sobre a decisão controle efetivo, pois carece de condição hermenêutica de verificabilidade ou de sentido, segundo a qual os enunciados somente são verdadeiros se passam pelo filtro da sintaxe e da semântica²⁵.

Os mecanismos jurídicos para o levantamento das informações sociais e econômicas dos acusados existem e devem ser utilizados com o propósito de limitar a atribuição de culpa, sempre considerando as circunstâncias do caso concreto e mediante razões que possam ser impugnadas pelas partes e controladas pelo público. As fórmulas potestativas que surgem quando o tema da coculpabilidade é evocado nos debates forenses comprometem a garantia da jurisdicionalidade estrita, vocacionada a reduzir a discricionariedade e o arbítrio.

Juízos potestativos são perigosos em matéria processual penal. Mesmo em casos de textos abertos ou de expressões plurívocas, não se pode esquecer a principiologia de limitação do poder público, derivada do pensamento iluminista, que somente é atendida com fundamentações analíticas.

Aos juristas reserva-se a tarefa de fazer com que o direito se torne a cada dia melhor. Repensar alguns institutos e algumas práticas é condição de possibilidade para que se alcancem outros resultados, mais concordes com a tutela dos direitos

23 GIACOMOLLI, Nereu José. O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. Atlas: São Paulo, 2014, p. 96.

24 Assim decidiu o Superior Tribunal de Justiça, em AgRg no REsp 1770619/PE, 6ª T, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 06/06/2019: “a teoria da coculpabilidade não pode ser erigida à condição de verdadeiro prêmio para agentes que não assumem a sua responsabilidade social e fazem da criminalidade um meio de vida”.

25 STRECK, Lenio Luiz. Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017. Edição Kindle.

fundamentais. Talvez a coculpabilidade contribua nesse complexo empreendimento realizado por muitos atores.

Considerações finais

A culpabilidade experimenta crise sem precedentes, em razão dos avanços das neurociências e do descrédito dos pressupostos metafísicos do livre-arbítrio que embasaram - e ainda embasam - a sua aplicação. Todavia, o conceito não pode ser excluído da análise do crime, sobretudo porque confere dignidade ao acusado e deve exercer o papel de garantia de limitação do poder punitivo. Conforme afirmado, eliminar a culpabilidade pode instaurar medidas de defesa social pautadas pela periculosidade do sujeito ativo do crime.

Daí que um conceito de culpabilidade aliado à ideia de democracia ganha relevância no cenário contemporâneo, pois permite a minimização da violência estatal na aplicação das sanções a partir do enfoque de vulnerabilidade. Ou seja, leva-se em conta o esforço do agente para se fazer concretamente vulnerável diante das agências penais de controle, o que passa pelas condições socioeconômicas dos acusados.

A compreensão equitativa do delito, neste contexto, é a condição de possibilidade para que tais vetores sejam sopesados na verificação do esforço do agente para se tornar vulnerável em relação ao sistema punitivo, já que impõe ao juiz o dever de compreender o crime em toda a sua complexidade e de conhecer as motivações e as dificuldades do imputado. Trata-se, em última análise, de exercício de alteridade que atenua a reprovação da infração penal.

A coculpabilidade é um dos instrumentos que possibilitam a atenuação da pena, com base no art. 66 do Código Penal, que prevê as atenuantes inominadas no sistema positivo brasileiro. Outros dispositivos, de natureza material ou processual, sistematicamente interpretados, também atuam como aberturas legislativas à aplicação do instituto, uma vez que preveem que os aspectos sociais, culturais e econômicos dos acusados abrandam a sanção penal. Por questão de integridade, o tratamento dispensado a alguns agentes não pode ser mais severo do que o dado pelo ordenamento a outros em situações análogas.

Por certo, algumas mudanças de pensamento são necessárias nos tribunais para que efetivamente apliquem a coculpabilidade, visto que as condições normativas e científicas de aplicabilidade existem e não podem ser negadas por meio de enunciados vazios de sentido, sem possibilidade de verificação empírica e de controle racional pelos interessados no processo.

Referências Bibliográficas

ARISTÓTELES. Tópicos. Livro I, cap. 1, 100b, 18-20. São Paulo: Abril Cultural, 1973.
BORGES, Juliana. Encarceramento em massa. São Paulo: Sueli Carneiro; Editora

Jandaíra, 2020.

CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salvo de. Aplicação da pena e garantismo. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2002.

CARVALHO, Salvo de. Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro. 2ª ed. Rio de Janeiro: São Paulo, 2015.

FABRICIUS, Dirk. Culpabilidade e seus fundamentos empíricos. Curitiba: Juruá, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: teoria do garantismo penal. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

GIACOMOLLI, Nereu José. O Devido Processo Penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. Atlas: São Paulo, 2014.

GÜNTHER, Klaus. “Neurociências e o conceito de culpabilidade do direito penal”, in: Revista Direitos Fundamentais e Democracia, v. 24, n. 3, Curitiba, 2019, p. 226-249.

KREMER-MARIETTI, Angèle. A Moral. Lisboa: Edições 70, 1990.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. “O Poder Judiciário na perspectiva da sociedade democrática: o juiz-cidadão”, in: Revista ANAMATRA, n. 21, Brasília, 1994, p. 30-50.

MOURA, Grégore Moreira de. Do princípio da coculpabilidade no direito penal. São Paulo: D’Plácido, 2020.

ROSA, Alexandre Moraes da; et al. Constituição, Estado e garantismo jurídico: diálogos cruzados. São Paulo: Conceito, 2012.

SCHRAPPE, Alana Campos Marques. “As subculturas criminais: elementos para pensar o papel do juiz em face da culpabilidade penal”, in: Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da Faculdades do Brasil, v. 1, nº 1, Curitiba, 2002, p. 57-78.

_____. Culpabilidade e liberdade: uma análise a partir da ideia de Estado democrático de direito. Curitiba, 2004. No prelo.

STRECK, Lenio Luiz. Dicionário de Hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017. Edição Kindle.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal. 5ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; SLOKAR, Alejandro; ALAGIA, Alejandro. Manual de derecho penal. 2ª ed. Buenos Aires: Ediar, 2007.

Os algoritmos no ambiente de trabalho

The algorithms in the work environment

Vanessa Ferreira de Almeida¹

Sumário: 1. Introdução; 2. Inteligência Artificial no gerenciamento dos trabalhadores; 3. Resistência ao Algoritmo; 4. Considerações finais.

Resumo: O debate sobre a introdução do uso da inteligência artificial no gerenciamento da força do trabalho é sempre visto à margem do debate principal que gira em torno da automação e as novas tecnologias no local de trabalho. Até agora, esse debate concentrou-se em quantos empregos serão perdidos como consequência da inovação tecnológica e como serão os trabalhos do futuro, sem, contudo, analisar as consequências do uso do gerenciamento por algoritmo no local de trabalho, que tem aumentado exponencialmente. Avanços recentes na tecnologia de trabalho, como plataformas de monitoramento de produtividade e tecnologia vestível, deram origem a um novo comportamento organizacional em relação à gestão de funcionários e também levantaram novas questões jurídicas em relação à proteção dos direitos de privacidade dos trabalhadores. Desta forma, é necessário que se questione como as configurações de humanos e algoritmos evoluem à medida que as empresas adotam recursos de inteligência artificial (IA) e quais são as implicações para o trabalho e sua organização. O debate sobre este tema sugere como o dinamismo das organizações nas quais os algoritmos de software são produzidos e implementados poderá trazer distúrbios para o mercado de trabalho, caso a legislação e os sindicatos se mostrem inertes perante o avanço desse novo tipo de gerenciamento do trabalho.

Palavras Chaves: direito do trabalho; discriminação algorítmica; transparência algorítmica.

Abstract: The topic about the introduction of artificial intelligence in the management of the work force is always at the margin of the discussions about the automation and new technologies used in the workplace. Until now, this debate focused on how many jobs has been going to be lost as result of technological advance and how they jobs of the future will be, whoever without analyzing the consequences of management by algorithm wich has increased exponentially. This is a gap in the topic about automation that this article wants to fill, signaling that a vital function of labor laws is to limit the use of algorithms to protect the privacy of human workers. Making necessary to question how the configurations of humans and algorithm evolve as the companies adopt new IA resources and what are the implications to the work and its organization. The debate around this theme suggests that with the dynamic formats if the companies on which the this software is produced and implemented can cause disturbs to the workforce, if the legislation and unions shows inert to the advance of this new management of work.

Keywords: labor law, algorithmic discrimination, algorithmic transparency.

¹ Advogada trabalhista e Mestranda em Direito Político e Económico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie.
Email: lemaladive@gmail.com

1. Introdução

A inteligência artificial combinada com a infraestrutura de dados globais permitiu a proliferação de serviços e sistemas digitais ao longo dos anos, proporcionando benefícios muito consideráveis, particularmente em termos da maior eficiência e conveniência oferecidos em uma ampla gama de domínios e atividades sociais, embora seu acesso continue sendo em grande parte provinda de nações industrializadas ricas. Há uma crescente pressão para tornar os algoritmos, IA e robótica justos, transparentes, explicáveis e, portanto, responsáveis². O centro do debate sobre a responsabilização e regulação dos algoritmos está no fato de que eles podem tomar decisões sobre os humanos em áreas sensíveis e subjetivas, como saúde, emprego, crédito, segurança nacional, entre outros. Um aspecto ainda pouco explorado no que concerne aos algoritmos é o seu uso no ambiente de trabalho. Embora seja provável que a tecnologia será capaz de automatizar algumas tarefas rotineiras e desagradáveis, ela também aumentará a possibilidade de monitorar cada vez mais as atividades relacionadas ao trabalho de uma maneira não muito desejável à classe trabalhadora. A inteligência artificial, o uso de big data e o “gerenciamento por algoritmo” já são uma realidade no mundo do trabalho, levando a práticas comerciais muito intrusivas. Outra suposição que segue essa abordagem é que esses desenvolvimentos são inevitáveis - eles são o preço a se pagar para que se possa beneficiar das recompensas do progresso tecnológico. Consequentemente, limitar o funcionamento de novas tecnologias no local de trabalho reduziria inevitavelmente o progresso das economias e das sociedades em geral, supondo que esses limites possam teoricamente ser impostos por meio de regulamentação. A regulamentação também é fundamental para entender como a automação e a introdução de novas tecnologias terão impacto na qualidade dos empregos que serão afetados por elas, em vez de apenas focar em sua quantidade³. Um algoritmo, em sua definição mais simples, é apenas uma lista de instruções lógicas que estabelecem como realizar uma tarefa específica - uma maneira de mapear determinadas entradas para saídas específicas. Em certo sentido, qualquer coisa, desde um conjunto de instruções de montagem de móveis até uma receita de bolo, pode ser considerada um algoritmo. No entanto, o termo é geralmente usado para se referir a algoritmos digitalizados incorporados no código do computador.

Embora existam benefícios potenciais claros para as empresas que empregam esses tipos de tecnologias em termos de eficiência aprimorada, rapidez na tomada de decisões e capacidade de coordenar o comportamento de um grande número de trabalhadores e clientes, existem riscos potenciais claros para os funcionários se a tecnologia for mal utilizada. Outras áreas importantes de preocupação estão relacionadas a aumentos na vigilância e controle, uma potencial falta de transparência,

2 DE STEFANO, Valerio. Negotiating the Algorithm: Automation, Artificial Intelligence and Labour Protection. *Comparative Labor Law & Policy Journal*, Vol. 41, No. 1. Publicado em 16/05/2018. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3178233>

3 CARELLI, R.L. O caso uber e o controle por programação: de carona para o século XXI. In: LEME, A.C.R.P.; RODRIGUES, B.A.; CHAVES JÚNIOR, J.E.R. *Tecnologias disruptivas e a exploração do trabalho humano: A intermediação de mão de obra a partir das plataformas eletrônicas e seus efeitos jurídicos e sociais*. São Paulo: LTr, 2017

os riscos de ocultar e incorporar preconceitos e discriminação e uma falta de responsabilidade quando a tomada de decisões se distancia dos gerentes humanos.

2. Inteligência artificial no gerenciamento dos trabalhadores.

Os avanços na inteligência artificial apresentaram novas oportunidades para gerenciar por algoritmos, desde o gerenciamento de desempenho em call centers até o recrutamento em bancos de investimento. Os gerentes humanos estão cheios de preconceitos, conscientes e inconscientes⁴. As empresas não estão erradas ao explorar as possibilidades que o processamento de dados oferece para melhorar a justiça ou a eficiência do gerenciamento. Isso não é apenas por causa das ameaças emergentes de reguladores ou sindicatos. É também por causa do que eles podem perder: a sutil flexibilidade do julgamento humano; decisões temperadas por empatia ou bom senso e a simples capacidade de resolver um problema, sentando-se em uma mesa e conversando sobre isso.

O gerenciamento algorítmico é um conjunto diversificado de ferramentas e técnicas tecnológicas que estruturam as condições de trabalho e gerenciam remotamente as forças de trabalho. O surgimento de sistemas de gerenciamento algorítmico no local de trabalho é marcado pelo afastamento de estruturas de gerenciamento anteriores, que dependem mais fortemente de supervisores humanos para direcionar trabalhadores, permitindo o dimensionamento das operações, por exemplo, coordenando as atividades de grandes forças de trabalho desagregadas ou usando dados para otimizar os resultados desejados, como menores custos de mão-de-obra⁵. De fato, a frase gerenciamento algorítmico foi inicialmente cunhada pelos acadêmicos Lee, Kusbit, Metsky e Dabbish para descrever as maneiras pelas quais os algoritmos de software da Uber e da Lyft permitem que os trabalhadores sejam “designados, otimizados e avaliados através de algoritmos e dados rastreados”⁶. No entanto, essas tecnologias não se limitam à economia de “gig”. Eles são comuns em diferentes tipos de trabalho e foram desenvolvidos juntamente com outros usos comerciais da computação⁷.

Os algoritmos são cada vez mais usados para tomar decisões de contratação e selecionar os currículos dos candidatos a emprego. Se combinados com práticas existentes ou usados para substituí-los, os recursos de gerenciamento algorítmico expandem o escopo, a escala e o objetivo da vigilância e coleta de dados. Os sistemas algorítmicos que coletam dados sobre os trabalhadores se tornaram mais acessíveis

4 KELLOGG, Katherine C; VALENTINE, Melissa A.; CHRISTIN, Angèle. Algorithms at Work: The New Contested Terrain of Control. ANNALS, nº 14, pg. 366–410. Publicada em 15/01/2020. Disponível em: <https://doi.org/10.5465/annals.2018.0174>

5 KELLOGG, Katherine C; VALENTINE, Melissa A.; CHRISTIN, Angèle. Algorithms at Work: The New Contested Terrain of Control. ANNALS, nº 14, pg. 366–410. Publicada em 15/01/2020. Disponível em: <https://doi.org/10.5465/annals.2018.0174>

6 LEE, Min Kyung, et al. Working with Machines: The Impact of Algorithmic and Data-Driven Management on Human Workers. Conferência: CHI '15 Proceedings of the 33rd Annual ACM Conference on Human Factors in Computing Systems. Publicado em abril de 2015. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/277875720_Working_with_Machines_The_Impact_of_Algorithmic_and_Data-Driven_Management_on_Human_Workers>

7 Ibidem.

e mais fáceis de implantar para os empregadores. É importante ressaltar que esses sistemas são frequentemente implementados como medidas de redução de mão-de-obra e custos, seja permitindo que os trabalhadores sejam classificados como contratados com custos menos independentes: reduzindo as horas de trabalho dos funcionários por meio de agendamento automatizado ou transferindo as avaliações dos trabalhadores para os sistemas de classificação⁸. Tornar um algoritmo justo é um objetivo primordial, e avanços significativos foram feitos para remover (e entender)⁹ qualquer tendência que esteja embutida em seu processo de tomada de decisão¹⁰.

A tecnologia da informação e a inteligência artificial, no entanto, permitem monitorar as atividades dos trabalhadores em extensões impensáveis no passado, além de coletar e processar uma enorme quantidade de dados sobre essas atividades. Os trabalhadores que apresentam baixo desempenho de acordo com as métricas dos sistemas de vigilância automatizados podem receber avisos ou ver seu emprego ser rescindido automaticamente sem a participação dos supervisores¹¹. A forma com a qual estes sistemas de gerenciamento operam raramente é transparente, pois as empresas não compartilham os métodos pelos quais as classificações e os feedbacks sobre as atividades dos trabalhadores são coletados e processados. Ademais, o “monitoramento eletrônico de desempenho” também é amplamente utilizado em ocupações administrativas, sendo realizado através do monitoramento de e-mail, rastreamento do conteúdo do computador e tempos de uso, monitoramento de vídeo e rastreamento GPS. Os dados produzidos podem ser usados como indicadores de produtividade; indicação da localização dos funcionários; uso de e-mail; navegação no site; uso da impressora; uso de telefone; tom uniforme de voz e movimento físico durante a conversa. Além disso, o gerenciamento por algoritmo tem o risco de realizar práticas impróprias, já que esses sistemas podem refletir os preconceitos de seus programadores, se concentrando apenas em suas ideias sobre produtividade e desempenho no trabalho, por exemplo, descartando ou penalizando candidatos ou trabalhadores com deficiências ou com recursos que diferem das expectativas que os programadores têm. A escassez de diversidade nas empresas de tecnologia também pode exacerbar esses fenômenos¹². O risco, portanto, é que o gerenciamento por algoritmo e a inteligência artificial no local de trabalho aumentem e perpetuem as práticas discriminatórias já existentes.

8 HIRING Algorithms Are Not Neutral. Harvard Business Review. Publicado em 09/12/2016. Disponível em: < <https://hbr.org/2016/12/hiring-algorithms-are-not-neutral> >

9 Em fevereiro de 2017, a parlamentar Mady Delvaux apresentou ao Parlamento Europeu um relatório onde se levantou dilemas jurídicos prementes como quem tem a responsabilidade final pelos danos causados por um robô em caso de acidente, sobre a proteção dos dados que as máquinas armazenam e a criação de um imposto sobre robôs, para que o valor arrecadado se torne uma receita para treinar os trabalhadores deslocados ou fornecer uma renda básica a eles. Contudo, a União Europeia rejeitou a proposta da criação do imposto, mas considerou a concessão de personalidade jurídica aos robôs com a finalidade de lhes imputar responsabilidade sobre seus atos

10 Ibidem.

11 KELLOGG, Katherine C; VALENTINE, Melissa A.; CHRISTIN, Angèle. Algorithms at Work: The New Contested Terrain of Control. ANNALS, nº 14, pg. 366–410. Publicada em 15/01/2020. Disponível em: <https://doi.org/10.5465/annals.2018.0174>

12 DE STEFANO, Valerio. Negotiating the Algorithm: Automation, Artificial Intelligence and Labour Protection. Comparative Labor Law & Policy Journal, Vol. 41, No. 1. Publicado em 16/05/2018. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3178233>

Esse risco é ainda mais grave quando essas práticas se baseiam na inteligência artificial de autoaprendizagem, com o software sendo capaz de reprogramar seus próprios critérios e métricas para alcançar um resultado predefinido muito geral, como melhorar a produtividade do trabalho. A falta de transparência e o risco de desumanizar o trabalho seriam então ainda mais exacerbados. Também não deve ser dado como certo que uma visão unidimensional de produtividade e eficiência incorporada às tecnologias de inteligência artificial levaria necessariamente a melhores resultados nos negócios. A menos que a regulamentação limite especificamente as prerrogativas gerenciais, no local de trabalho, não há proteção legal contra a vigilância em si. A necessidade de monitoramento decorre de nossa concepção legal de emprego, baseada no controle: um funcionário é aquele cujo trabalho é controlado por seu empregador e é direito dos empregadores direcionar especificamente as atividades dos empregados¹³.

Uma suposição comum a respeito da legislação trabalhista é que ela é protetora. No entanto, embora o fortalecimento da posição do trabalhador no mercado de trabalho ou no curso da relação de emprego seja um dos propósitos da legislação, esse não é seu único objetivo, já que ela também fornece aos empregadores amplos poderes para gerenciar sua força de trabalho - transmitida pela ideia de “poder diretivo”. Instrumentos de fiscalização como: polígrafo ou “detector de mentiras”; detectores de metais e as revistas pessoais; câmeras de vídeo; utilização dos telefones celulares; monitoramento do e-mail corporativo, do e-mail pessoal e da “navegação” na internet, já foram amplamente discutidos e resolvidos por decisões do Tribunal Superior do Trabalho (TST), em que se aprofundou a prevalência de uma restrição tópica à privacidade ou à intimidade do empregado. Contudo, deveriam ser situações bem específicas, excepcionais, devidamente justificadas, pois se, por um lado, proporciona algum benefício (para o empregador e, eventualmente, para os consumidores), por outro, o controlado tende a se submeter a riscos concretos no tocante à saúde mental dos trabalhadores¹⁴.

De fato, o poder diretivo do empregador não é apenas o resultado de fatores socioeconômicos, como os fracos poderes de barganha dos trabalhadores ou a propriedade dos empregadores de máquinas e outras formas de capital. Uma característica essencial da relação de emprego, que pode ser encontrada em vários países e tradições legais, é o poder hierárquico - ou controle - dos empregadores sobre os empregados. Esse poder consiste principalmente em três prerrogativas principais: (i) o poder de atribuir tarefas e de dar ordens e diretrizes unilaterais aos funcionários; (ii) o poder de monitorar o desempenho de tais tarefas e o cumprimento desses pedidos e diretrizes; (iii) e o poder de sancionar o desempenho inadequado ou negligente das tarefas atribuídas e qualquer desobediência a ordens e diretrizes legalmente concedidas¹⁵. Em outras palavras, o contrato de trabalho ainda se baseia no consentimento mútuo e, portanto, bilateral das partes no momento de

13 Ibidem.

14 MARANHÃO, Ney; et al. Empresa Panóptica: Poder diretivo do empregador e direitos fundamentais à privacidade e intimidade do empregado diante de novas tecnologias. Revista de Estudos Jurídicos UNESP, v. 21, n. 34. 2017. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/article/view/2995>

15 DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 4. Ed. São Paulo.LTr. 2005

sua conclusão, uma vez que os trabalhadores precisam aceitar entrar livremente no contrato. No entanto, com a vigência do contrato, eles ficam sujeitos às prerrogativas unilaterais dos empregadores, que não precisam mais do consentimento para dirigir, supervisionar e disciplinar o desempenho do trabalho, dentro dos limites do razoável e lícito nos termos contratuais e legais previstos.

3. Resistência ao controle algoritmo.

A introdução da inteligência artificial e o uso de big data precisam ser administrados, para garantir que os sistemas que possam permitir uma ampliação sem precedentes do escopo e impacto das prerrogativas gerenciais e a intensidade do monitoramento não levem a abusos que colidam com os direitos humanos dos trabalhadores. É necessária regulamentação para controlar a quantidade de dados coletados sobre o desempenho no trabalho e as características pessoais dos trabalhadores, bem como a maneira como os dados são coletados e tratados. Nem isso é apenas uma questão de proteção da privacidade. Para que os trabalhadores tenham confiança de que os algoritmos estão sendo usados de maneira ética, é vital que haja abertura sobre o que eles estão sendo usados e como eles tomam suas decisões. Até o momento, muitas empresas têm escondido o que seus algoritmos estão fazendo, muitas vezes com base no fato de que o código-fonte é uma informação proprietária e, às vezes, levando a suspeitas não razoáveis de que os próprios gerentes talvez nem saibam realmente como as ferramentas que estão usando funcionam¹⁶. Transparência, no entanto, não se resume a compartilhar o código fonte. De fato, em muitos casos, compartilhar o código não seria útil - é muito fácil ocultar o que realmente está acontecendo sob um nível de complexidade ofuscante. Antes, o que é necessário são explicações simples e compreensíveis para que trabalhadores, consumidores e outras pessoas possam entender o motivo pelo qual certas decisões foram tomadas. Se um trabalhador recebe um aumento salarial ou bônus pelo algoritmo e outro não, os dois têm o direito de saber o porquê em termos que façam sentido para eles, em vez de simplesmente serem informados “o algoritmo disse isso”. A UNI Global Union recomenda que todos os algoritmos do local de trabalho sejam equipados com uma ‘caixa preta’ ética que forneça um registro explicável de todas as suas decisões¹⁷.

Os algoritmos que tomam decisões que têm impactos significativos na vida dos trabalhadores devem ser regularmente e externamente testados e avaliados por terceiros independentes - para precisão e viés. Isso pode ser feito por organizações confiáveis que mantêm a confidencialidade de qualquer código ou segredo comercial genuinamente proprietário. Onde a transparência tem um limite, é onde se depara com a privacidade pessoal. Não é o direito de uma empresa manter privado seu

16 DE STEFANO, Valerio. Negotiating the Algorithm: Automation, Artificial Intelligence and Labour Protection. Comparative Labor Law & Policy Journal, Vol. 41, No. 1. Publicado em 16/05/2018. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3178233>

17 UNI Global Union. Top 10 Principles for Ethical Artificial Intelligence. Suécia. Publicado em março de 2017. Disponível em: < http://www.thefutureworldofwork.org/media/35420/uni_ethical_ai.pdf >

processo de tomada de decisões¹⁸. Não há boas razões para os algoritmos coletarem dados sobre trabalhadores que podem ir além de suas atividades legítimas no local de trabalho e para a esfera privada de suas conversas com colegas, estilo de vida pessoal ou atividades em casa. Quanto ao princípio da inviolabilidade à privacidade, este pode ser o fator mais importante de todos. Onde os algoritmos cometem erros - e eles cometem - é absolutamente essencial que haja um ser humano com supervisão do processo que possa intervir, corrigir os erros e fornecer reparação a qualquer pessoa afetada.

Para o Comitê Econômico e Social Europeu sobre Inteligência Artificial, é pré-condição de que o desenvolvimento da Inteligência Artificial seja responsável, seguro e útil, que as máquinas permaneçam máquinas e as pessoas mantêm o controle sobre elas. O parecer também defende que os trabalhadores devem estar envolvidos no desenvolvimento desses tipos de sistemas complementares de Inteligência Artificial, para garantir que os sistemas sejam utilizáveis e que o trabalhador ainda tenha autonomia e controle suficientes (humano sob comando), cumprimento e satisfação no trabalho. Para cumprir esse objetivo, também é crucial que qualquer decisão administrativa sugerida pela inteligência artificial seja sujeita a revisão por seres humanos que permanecem legalmente responsáveis, juntamente com sua organização, pela decisão e seus resultados¹⁹. O fato de que as decisões foram tomadas após processos baseados em máquinas nunca deve ser uma razão suficiente para excluir a responsabilidade pessoal, mesmo que a personalidade eletrônica tenha sido introduzida no sistema legal, os seres humanos sempre devem permanecer responsáveis por qualquer decisão que afete diretamente os trabalhadores e qualquer outra pessoa natural. Nesse sentido, a negociação coletiva pode desempenhar um papel primordial, tanto no nível setorial quanto no local de trabalho, conforme recordado no artigo 88 do Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia.

No Brasil, o mais próximo de uma proteção aos trabalhadores em relação aos algoritmos surgiu com a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) que foi publicada com vistas a proteger a intimidade das pessoas naturais e de responsabilizar quem trata esses dados, para que não haja violações prejudiciais ao livre desenvolvimento da personalidade humana. A LGPD criou uma categoria especial de dados pessoais, os dados pessoais sensíveis. Eles receberam essa classificação devido seu potencial de dano em caso de divulgação indevida. O art. 5º, II da LGPD, incluiu a filiação sindical ao rol de dados sensíveis. Como exemplo prático, temos o caso do vazamento de dados de um empregado da COPASA (companhia de água e esgoto), pelo TRT da 3ª Região, que condenou a empresa por falhar na segurança ao deixar que outros funcionários tivessem acesso aos relatórios médicos do colega, em que constava problemas de saúde e uso de drogas. Por conta

18 KELLOGG, Katherine C; VALENTINE, Melissa A.; CHRISTIN, Angèle. Algorithms at Work: The New Contested Terrain of Control. ANNALS, nº 14, pg. 366–410. Publicada em 15/01/2020. Disponível em: <https://doi.org/10.5465/annals.2018.0174>

19 KELLOGG, Katherine C; VALENTINE, Melissa A.; CHRISTIN, Angèle. Algorithms at Work: The New Contested Terrain of Control. ANNALS, nº 14, pg. 366–410. Publicada em 15/01/2020. Disponível em: <https://doi.org/10.5465/annals.2018.0174>

desse vazamento de dados, o empregado foi vítima de discriminação injusta dentro da organização empregadora, sofrendo constrangimento e humilhação²⁰. A LGPD também pode ser aplicada sobre as informações contidas nos contratos de trabalho e no armazenamento dos currículos, mas está longe de amparar o trabalhador frente a discriminação algorítmica ou impor o direito de resposta as avaliações medidas através da coleta de dados.

O direito individual de acessar dados e contestar os resultados da tomada de decisões automatizada, embora essencial, não poderia ser suficiente em um contexto em que a tecnologia se torne tão difundida e complexa. Os indivíduos não devem ser deixados sozinhos para lidar com os meandros dessa tecnologia quando desejam compreender e contestar as consequências de suas aplicações neles. Por esse motivo, no mundo do trabalho, direitos e voz coletivos serão cruciais. Negociar com o algoritmo deve, portanto, tornar-se um objetivo central de diálogo e ação social para a organização de empregadores e trabalhadores.

Considerações finais.

O gerenciamento algorítmico alterou os modelos de negócios e confundiu estruturas econômicas, legais e governamentais estabelecidas. Essas mudanças exigem novas abordagens e formas de pensar sobre a dinâmica de poder que está remodelando os locais de trabalho. Em termos gerais, a tecnologia pode servir para mudar a dinâmica de poder existente e desestabilizar as relações de emprego em termos de (1) vigilância e controle, (2) transparência, (3) viés e discriminação e (4) responsabilidade. Os sistemas algorítmicos podem usar uma variedade de métodos para estruturar e controlar o comportamento do trabalhador, mesmo quando as plataformas que hospedam esses sistemas são faturadas como “flexíveis” ou voluntárias. Dados sobre o comportamento dos trabalhadores também podem ser interpretados como medidas objetivas de desempenho, quando na verdade eles podem ser apenas medidas imperfeitas. Embora a tecnologia possa ser usada para otimizar o trabalho de maneiras benéficas, também pode impedir os trabalhadores de aspectos importantes da tomada de decisões, como poder usar a discrição pessoal. O gerenciamento algorítmico pode criar desequilíbrios de energia que podem ser difíceis de desafiar sem acesso a como esses sistemas funcionam, bem como recursos e experiência para avaliá-los adequadamente.

Referências bibliográficas

CARELLI, R.L. O caso uber e o controle por programação: de carona para o século XXI. In: LEME, A.C.R.P; RODRIGUES, B.A.; CHAVES JÚNIOR, J.E.R. Tecnologias

20 Copasa deverá indenizar trabalhador por exposição de dados pessoais na rede interna de informação da empresa. Tribunal do Trabalho da 3ª Região. Publicado em 01/07/2020. Disponível em: <https://portal.trt3.jus.br/internet/conheca-o-trt/comunicacao/noticias-juridicas/nj-copasa-devera-indenizar-trabalhador-por-exposicao-de-dados-pessoais-na-rede-interna-de-informacao-da-empresa>

disruptivas e a exploração do trabalho humano: A intermediação de mão de obra a partir das plataformas eletrônicas e seus efeitos jurídicos e sociais. São Paulo: LTr, 2017

DE STEFANO, Valerio. Negotiating the Algorithm: Automation, Artificial Intelligence and Labour Protection. *Comparative Labor Law & Policy Journal*, Vol. 41, No. 1. Publicado em 16/05/2018. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3178233>

DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 4. Ed. São Paulo. LTr. 2005

KELLOGG, Katherine C; VALENTINE, Melissa A.; CHRISTIN, Angèle. Algorithms at Work: The New Contested Terrain of Control. *ANNALS*, nº 14, pg. 366–410. Publicada em 15/01/2020. Disponível em: <https://doi.org/10.5465/annals.2018.0174>

LEE, Min Kyung, et al. Working with Machines: The Impact of Algorithmic and Data-Driven Management on Human Workers. Conferência: CHI '15 Proceedings of the 33rd Annual ACM Conference on Human Factors in Computing Systems. Publicado em abril de 2015. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/277875720_Working_with_Machines_The_Impact_of_Algorithmic_and_Data-Driven_Management_on_Human_Workers >

MARANHÃO, Ney; et al. Empresa Panóptica: Poder diretivo do empregador e direitos fundamentais à privacidade e intimidade do empregado diante de novas tecnologias. *Revista de Estudos Jurídicos UNESP*. v. 21, n. 34. 2017. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/article/view/2995>

Law and constitutional power on constitutional justice for the development of human rights

Marco Ribeiro Henriques¹

Summary: Introduction, 1. Globalization of legal sciences and the unifying function of comparative public law in constitutional justice, 2. Conclusions, Bibliography.

Abstract: This article is part of an idea of a global paradigm regarding public law, which is the upshot of a diversified but convergent world order with regard to the need to safeguard and develop human rights. We develop our analysis against a landscape in which international legal realities naturally interrelate with each other to become concrete and internal national realities, but only inasmuch as they are passive receptors of international law, emerging through legislation, custom, or, in the case of the question we propose to examine, through comparative constitutional justice. Our article seeks to treat comparative constitutionalism from a dual perspective; from both a constructivist and guarantee-based view, especially as regards its role in guaranteeing and maintaining the development of human and fundamental rights of modern societies today. As they are necessarily reconfigured for state purposes and realigned for public law in general and constitutional law in particular, such perspectives appear to be seeking the contingency of a contemporary, global constitutional discourse, without rejecting the gains made by contemporaneity.

Keywords: Constitutionalism, comparative public law, human rights, constitutional justice.

¹NOVA School of Law, Portugal.

Introduction

The idea of supranational constitutionalism at a global level is gaining considerable momentum in the face of the undeniable process of globalisation experienced by humanity in recent times and is affirming a body of public law standards aligned with the collective juridical conscience.

In this context, the constitutional action of the constitutional courts represents a definitive step forward, towards the construction of a new paradigm of global constitutionalism that makes use of the comparative analysis of public law, especially in the constitutional court.

Contemporary history is characterized by the consolidation of economic blocs, which are closely related to the regional integration of each legal system, thereby redefining the contours of the world order. This begins by intensifying international relations, and through cooperation and integration between states, notably by the signing of numerous international legal instruments.

This article intends to explore the idea of a global economy that provokes a transnational law which develops in an environment in which international juridical realities interact in an emergent and unrestrained yet natural way, bringing about concrete national realities giving rise to new legal theories on the relations of legal sciences on an international scale, in the general legal sense and within the particular ambit of constitutional dialogue.

At the same time, globalisation is transforming the world economy and geopolitics and, from the point of view of the legal sciences, we see a growing internationalization of constitutional law, together with the process of constitutionalising international human rights and fundamental rights itself, through the construction of an ongoing constitutionalism of reciprocal reception that has intrinsic safeguards internationally.

This article's fundamental aim is to discuss this "new" constitutionalism, and even the constitutionalism that intends to be of global import, as a logical consequence of the relations between the internal constitutional text of the state and the world order where it becomes a part, especially as regards the safeguarding and development of human and fundamental rights of societies, from the dual perspectives of constructivism on the one hand, and safeguarding and development of rights on the other.

As they are necessarily reconfigured for state purposes, and realigned for public law in general and constitutional law in particular, such perspectives appear to be seeking the contingency of a contemporary, global constitutional discourse, without the sovereignty of the state being questioned, but rather looking for the contingency of a contemporary, global constitutional discourse without rejecting the gains made by modernity, particularly as regards the protection and development of the primacy of human rights and fundamental rights of today's societies.

To which end, we have divided this article into two parts. The globalisation of law, as a motto for the foundation of a unifying function of constitutional justice in the science of comparative public law, will be the point of departure.

The analysis, therefore, is combined with the relevant theoretical sources that

support the development of human and fundamental rights in the light of modern constitutionalism, from receiving the jurisprudence of the higher courts, to a type of hermeneutics that seeks a greater axiomatic and ethical-juridical understanding between peoples through comparative constitutionalism.

1. Globalization of legal sciences and the unifying function of comparative public law in constitutional justice

Strictly speaking, along with regionalization and economic globalisation, the ethical-juridical cosmopolitanism being analysed here is undoubtedly due to the development of the universal human rights system, which is one of the factors that most influences the realignment and re-articulation of contemporary internal constitutionalism.

In relation to the aspect of the globalizing movement of constitutional jurisprudence, we find that all efforts made to systematize protective principles and the development of human rights at supranational level pay homage to the importance of the jurisprudence of the constitutional courts in structuring or delineating the contours of the national constitutional system².

Therefore, the idea of the existence of a defined role for constitutional justice and, in particular, for constitutional courts—the most authoritative interpreters of national constitutional texts, faced with the challenges of this new constitutionalist insurgency, especially in the construction of the foundations of national constitutional law national law with the integration of the transcendent principles of supranational law—is of crucial importance, and takes into consideration that the way in which a constitution is established will be substantially different from the way in which constitutional courts assume their responsibilities when interpreting it³.

The study on the performance of comparative constitutional justice in the development of human rights will, by definition, involve diverse and urgent aspects in the investigation of this neo-constitutionalism, since it gives rise to the issues of the theoretical and philosophical foundations of the new global constitutionalism, focusing on the application of the principle of the dignity of the human person as an expression of a set of civilizational values embodied in humanity's heritage and of the legitimation of the decisions of the constitutional courts in transcendent principles of supranational law.

Recourse to comparative public law by the legislator or the courts, which we want to treat here as instruments of reform of the national law of individual states, in order to bring about potential standardisation of the law to that of other countries, has become much more frequent in the light of globalisation, and this has led to increasing interdependence between states and nations as trade expands and the continual process of regional integration develops on a global scale.

2 cf. QUEIRÓS, C. (2018). *Novos Estudos de Direito Público Comparado, Filosofia do Direito e Relações Internacionais*. Tomo I. Lisbon: Petrony Editora, and MORAIS, C. (2006). *Justiça Constitucional - Garantia da Constituição e Controlo da Constitucionalidade*. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora.

3 cf. BONFANTI, A. (2018). *Business and Human Rights in Europe: International Law Challenges (Transnational Law and Governance)*. London: Routledge.

In fact, globalisation is a multidimensional phenomenon, since it has implications in the most diverse aspects of human life and the realization of societies, having comprehensive repercussions in the most diverse areas, such as economics, politics, culture, technology, the environment, and so on, and, because of this, the influence of the globalizing phenomena of public law becomes complex and multidimensional⁴.

Specifically with regard to the relationship between globalisation and law, it must be emphasized that while globalisation exerts a strong influence on law because it is a determining factor in the construction of new normative content in that it transforms the dynamics of social relations and fosters the emergence of an infinite number of new situations to be regulated, and is therefore very much influenced by public law itself given that material exchanges depend to a large extent on the legal conditioning of social relations in each state, it is precisely the development of globalized economic relations which will depend very much on the degree of progress in developing the political and legal conditions that allow this exchange⁵.

On the subject of globalisation, Francisco Segado observes that for the consolidation of international norms, both the states and individual or collective private operators contribute in a commonality of efforts for the elaboration of institutions and rules of a transnational character⁶.

Even so, according to the same author, as regards the approximation between the legislative function and the judicial function as instruments of legal policy discussed by some authors⁷, it is frequently private actors who are mainly responsible for the creation of these rules, which arise independently of the will of the states - a phenomenon referred to as *lex mercatoria* - and are adopted by arbitral tribunals that are outside of state control⁸.

At other times, it is the states themselves which enter into contracts with individuals in which they agree to submit to arbitral tribunals, which may even have a nationally or internationally institutionalized character.

This is because juridical globalisation is not limited per se to the scope of constitutional law, but also gives effect to private law, where international treaties and a multivariate succession of rules of non-state origin proliferate.

As an example, let us look at the growing legal relationships established in the area of international trade that lead to the development of globalized rules of private origin, enabling the parties to regulate their rights and duties through contracts based on their terms of agreement not found in state law, but rather in a set of transnational rules⁹.

In this context, the application of comparative law, in particular comparative

4 cf.op. cit. BONFANTI, A. (2018). *Business and Human Rights in Europe: International Law Challenges* (Transnational Law and Governance). London: Routledge, and YOWELL, P. (2018). *Constitutional Rights and Constitutional Design: Moral and Empirical Reasoning in Judicial Review*. Oxford: Hart Publishing

5 cf. PORRUA, M. (2011). *Tendencias recientes de la justicia constitucional en el mundo / Recent trends in constitutional justice in the world: Ensayos Escogidos / Selected Essays*. Madrid: Arzate and op. ult. cit.

6 cf. SEGADO, F. (2009). *La justicia constitucional: Una vision de derecho comparado*. Madrid: Dykinson.

7 Authors such as Fernandez Rodriguez, Abby Blass, Luis Prieto Sanchis, among others.

8 cf. op. cit. SEGADO, F. (2009). *La justicia constitucional: Una vision de derecho comparado*. Madrid: Dykinson.

9 cf. op. ult. cit. BONFANTI, A. (2018). *Business and Human Rights in Europe: International Law Challenges* (Transnational Law and Governance). London: Routledge.

public law, is growing in importance as an instrument capable of facilitating the construction of models adapted to the changes in the global legal scenario. This is because the global situation often requires an integration of legislation. However, research by comparing laws allows the jurist to use subjects' experiences in different economic, social and, of course, national contexts.

In the light of the foregoing, therefore, it may be argued that in times of globalisation, comparative public law takes a leading role. Furthermore, among the purposes of comparing rights, the unifying function of comparative public law jurisprudence becomes more significant, since the use of the comparative method is conducive to meeting a growing demand for standardisation of the jurisprudences of the various national superior courts, and on some points, may even allow the approval of supranational guidelines.

In view of the phenomenon of globalisation, the use of comparative public law as an instrument of standardisation has therefore become fundamental for states and private actors, insofar as the establishment of a set of rules of transnational character, primarily on matters regarding human rights and fundamental rights but also international trade, provides the legal security necessary for the development of human relations in today's globalized world¹⁰.

Analysing the relevance of comparative public law and its role in the globalisation of law, Kumar shows that comparative law makes it possible to raise awareness of the socio-juridical identities of states and nations¹¹.

According to Kumar, in texts where a comparative justice approach prevails, certain peculiarities stand out, the majority of which arise from the very type of mentality and legal culture of the states under analysis, while others are specific to a certain socio-juridical situation¹².

The identification of these particularities alerts one to the degrees in which it will be possible to absorb foreign or supranational legal influences, indicating how these legal institutes, concepts, rules and principles will work in the legal sciences receptor systems.

By enabling such awareness, including awareness from foreign law to the receptor state, comparative public law acts to identify the similarities and differences in various aspects of the original legal systems so that their understanding can characterize the position of the comparative jurist.

As already mentioned, comparative culture is current and fully integrated in the field of public law, and is based essentially on a question of differences in which legal pluralism should preside over any project of peaceful coexistence between states, enabling the exchange brought about by the globalisation of law.

Likewise, it must be emphasized that legal systems are built in response to and in accordance with the cultural values of each state or nation, and it is fallacious to pretend that one legal system is by definition superior to another, since each of them

10 cf. KUMAR, C. & CHOCKALINGAM, D. (2007). *Human Rights, Justice and Constitutional Empowerment*. Oxford: Oxford University Press. Idea also present in op. cit. YOWELL, P. (2018). *Constitutional Rights and Constitutional Design: Moral and Empirical Reasoning in Judicial Review*. Oxford: Hart Publishing.

11 Idem.

12 Idem ibidem.

must be assessed within their sociocultural particularities.

It is in connection with this concern that we intend to use comparative public law, especially comparative constitutional justice, as an instrument for standardising rights, within a common project of nations able to cultivate a peaceful and prosperous coexistence, in search of understanding and similitude among peoples¹³.

This brings us to the analysis of the functions of comparative constitutional law, namely the unifying function, translated by using the comparative method for the standardisation of the law in force in different legal systems, whose social relevance for the constitutional function of the states is discussed throughout this article.

Our point of departure is the study of the work of Zoltán Sente and Fruzsina Gárdos-Orosz, “New Challenges to Constitutional Adjudication in Europe: A Comparative Perspective (Comparative Constitutional Change)”¹⁴, which supports a universalist thesis of comparative public law.

The idea in this work is that comparative public law would have the purpose of serving as an instrument for standardising the legal systems of democratised nations based on general principles of law endowed with universality.

A similarity is observed, however, between the ideology that inspired this unifying proposal and that underlying the recent unfolding of theses developed in the areas of international law and constitutional law as regards human rights.

There is one central idea, namely that there are some general principles that are endowed with universality because they are the object of consensus among civilized nations, and can be brought back to a collective legal consciousness¹⁵.

Taking as a starting point the similarities between the universalism of the comparative analysts and the human rights defenders of the 21st century, it is possible to discuss the unifying function of comparative public law from its first serious theoretical formulation until today, and juxtapose it with the phenomenon of globalisation of the legal sciences¹⁶.

The study of the functions of comparative law intersects the discussion about its scientific autonomy, which is, and is considered even more important than the question itself as to whether the comparison of rights is a simple method or an autonomous science. Comparative public law is nothing more than a method of study and, therefore, it must be defined only by the purpose it serves¹⁷.

This view is shared above all by doctrine in the Anglo-Saxon tradition which, in a pragmatic way, considers the controversy surrounding whether law is a science as unnecessary, arguing that it is a theoretical discussion only and of no practical importance value¹⁸.

However, for those who embrace this line of thought, the study of the functions

13 Based on concepts discussed in PORRUA, M. (2011). *Tendencias recientes de la justicia constitucional en el mundo: Ensayos Escogidos*. Madrid: Arzate.

14 cf. GÁRDOS-OROSZ, Z. (2018). *New Challenges to Constitutional Adjudication in Europe: A Comparative Perspective (Comparative Constitutional Change)*. London: Routledge.

15 Idem.

16 Based on the idea discussed in op. cit. KUMAR, C. & CHOCKALINGAM, D. (2007). *Human Rights, Justice and Constitutional Empowerment*. Oxford: Oxford University Press

17 cf. op. cit. QUEIRÓS, C. (2018). *Novos Estudos de Direito Público Comparado, Filosofia do Direito e Relações Internacionais*. Tomo I. Lisboa: Petrony Editora.

18 It is worth highlighting H. C. Gutteridge here or/and Albert somek.

of comparative law assumes a unique relevance, since it transforms the centre of the theoretical issues at stake, if one assumed that from the nodal point of view, all discussion becomes the purpose of all comparative methods rather than its definition.

In this regard, agreeing or not with the positing of this more classic doctrinal position, the fact is that the functions of comparative public law are of enormous relevance not so much for their practical dimension, but for their legal dogmatic dimension¹⁹.

Among the functions of comparative public law, the authors²⁰ have highlighted one of singular importance, the unifying function already referred to. Although one recognizes a certain repetition of the argument in the literature regarding the scientificity of comparative law and, in particular, comparative public law, the discussion often becomes sterile. Segado is among the defenders of the scientific autonomy of comparative law, and considers it as being simultaneously both essential and preliminary, noting that the criticisms ought to be directed at the way the debate has been conducted and not so much at the problem being debated itself²¹.

Reflecting our debate on the intersecting unifying function of comparative public law, and especially through the experience of comparative constitutional justice, we understand that this unifying function is more identified with the admissibility of the state using its results, as a rule in the exercising of the legislative function, but in terms of this paper, interest will be focused on the jurisdictional function—the higher courts—of particular research activity and prior investigation in the field of comparative public law in instances where, using this expedient, the intention is to transform the legal order in force in the state, in the sense of unifying its normative content with the law of other countries or even of regional blocks²².

This is a very frequent practice, particularly in narrower and more technical areas of law.

As Barsotti points out, the possibility that foreign law may serve as an inspiring model for the legislator when reviewing national law and case law is quite frequent, especially when it comes to matters of a technical nature such as medical or aeronautical law, or similar, although we should not forget those cases in which there was the reception of entire legal systems or large parts of them²³. Phenomena in the process of integration of states into regional blocs like the European Union or to some extent in the African Union can be observed²⁴.

The importance of the unifying function of comparative public law, understood here to mean the possibility of using a comparison of constitutional rights and jurisprudence as instruments for the standardisation of legislation and case law in certain matters, or even in how certain legal institutes operate, is most clearly seen when examining what is known as the reception or circulation of globalizing

19 cf. op. ult. cit. QUEIRÓS, C. (2018). *Novos Estudos de Direito Público Comparado, Filosofia do Direito e Relações Internacionais*. Tomo I. Lisboa: Petrony Editora.

20 Idem.

21 cf. op. cit. SEGADO, F. (2009). *La justicia constitucional: Una vision de derecho comparado*. Madrid: Dykinson.

22 cf. BARSOTTI, V. [et. al.]. (2017). *Italian Constitutional Justice in Global Context*. Oxford: Oxford University Press.

23 Idem.

24 Idem ibidem.

comparative models²⁵.

In other words, for want of a better opinion, even though comparative law itself often permits the reception of foreign legal models, both in law and in jurisprudence, in view of the notorious tendency to imitate models already developed models in several legal systems, we find that this phenomenon is also often repeated, particularly in the field of comparative constitutional law.

In this regard, in recognition of the methodological truth that must guide our assertions, it is necessary to clarify the exact content of the terms reception and circulation of models²⁶.

In this regard, the imprecise use of the terms reception and circulation of models, as if they are the same thing, has been noted.

Authors such as Porrua, but also others²⁷, make a clear distinction between these two concepts, based on the dynamics of the process of dissemination of legal models.

Thus, in the words of these authors, when the influence between legal systems occurs in a single direction, in the sense of an exporting system to a receiver system, the phenomenon of legislative or jurisprudential reception occurs.

By contrast, in the phenomenon of model circulation it is assumed that there is a return of new elements to the sources of inspiration, in a kind of feedback loop in which the exporting system also receives influences from the receiver system, a kind of legal sciences feedback system²⁸.

Thus, in reception, the influence that occurs is only in one direction, whereas in the circulation of models there is a reciprocal influence.

Returning to our topic, the unifying function of comparative public law, we thus demonstrate its relevance as regards reception or circulation of models.

However, there are several reasons this occurs, among which we can mention the growing phenomenon of interdependence between states and nations due to the necessary economic growth through trade, as well as the continuous process of regional integration occurring all over the globe, already referred to, as a result of mass society having access to technological innovations that stimulate the creativity of lawyers and legislators in search of legal solutions appropriate to the new realities that such innovations produce²⁹.

In addition, the growth in the possibilities and speed of communications generated by the creation of a worldwide network—the internet—has increased the

25 Based on concepts discussed in BARSOTTI, V. [et. al.]. (2017). *Italian Constitutional Justice in Global Context*. Oxford: Oxford University Press. On this matter, cf. op. cit. GÁRDOS-OROSZ, Z. (2018). *New Challenges to Constitutional Adjudication in Europe: A Comparative Perspective (Comparative Constitutional Change)*. London: Routledge.

26 Idem.

27 cf. op. cit. PORRUA, M. (2011). *Tendencias recientes de la justicia constitucional en el mundo: Ensayos Escogidos*. Madrid: Arzate, and particularly TERRILL, R. (2012). *World Criminal Justice Systems: A Comparative Survey*. 8th. Ed. London: Anderson and GRIMM, D. (2016). *Constitutionalism: Past, Present, and Future*. Oxford: Oxford University Press.

28 cf. op. ult. cit. PORRUA, M. (2011). *Tendencias recientes de la justicia constitucional en el mundo: Ensayos Escogidos*. Madrid: Arzate and op. cit. GRIMM, D. (2016). *Constitutionalism: Past, Present, and Future*. Oxford: Oxford University Press.

29 cf. SOMEK, A. (2016). *The Cosmopolitan Constitution*. Oxford: Oxford University Press, and op. ult. cit. GRIMM, D. (2016). *Constitutionalism: Past, Present, and Future*. Oxford: Oxford University Press.

exchange of information between jurists and legal systems exponentially, provoking and recreating the phenomenon of reception and circulation of models³⁰.

However, this political and cultural situation today favours and stimulates the exchange of ideas and the exchange of influences among jurists, so that the institutes are spread among the countries in a process of intertwined imitations of juridical models.

2. Conclusion

Comparative public law ends up functioning as a tool that facilitates the dissemination of normative solutions among the different states and nations, all the more because the insurgent problems in the legal aspects of any society are themselves increasingly identical to various other legal systems, due to globalisation mentioned above.

Here, it is also important to discuss the importance of legislative reception and circulation of models, which author Pedro Martínez affirms by stating that the birth of an original model is a rarer phenomenon than imitation, adding that it will be necessary to bear in mind that among any number of legal changes which take root, perhaps only one is truly original. Such originality is not always accompanied by the reciprocal motion surrounding it³¹.

It is important, however, to emphasize the fact that each legal system has its individual characteristics and peculiarities that conceive it as unique, keeping in mind the caveat that we cannot transport an institute from one society to another without considering the conditions to which all legal models are subject³².

In this regard, we are defending the need to promote an acclimatization of the legislation or legal institute that comes to us as something new, through law or the jurisprudence of public law, through a process of adjustment necessary to adapt it to the receptor legal system, in a kind of cannibalistic process in which the public law that has been received is then swallowed up and digested by the receptor legal system.

Bibliography

BARSOTTI, V. et. al. (2017). Italian Constitutional Justice in Global Context. Oxford: Oxford University Press.

BONFANTI, A. (2018). Business and Human Rights in Europe: International Law Challenges (Transnational Law and Governance). London: Routledge.

GÁRDOS-OROSZ, Z. (2018). New Challenges to Constitutional Adjudication in Europe: A Comparative Perspective (Comparative Constitutional Change). London: Routledge.

30 cf. op. cit. SOMEK, A. (2016). The Cosmopolitan Constitution. Oxford: Oxford University Press.

31 cf. MARTÍNES. P. (2012). Filosofia do Direito. Coimbra: Almedina.

32 cf. op. cit. MARTÍNES. P. (2012). Filosofia do Direito. Coimbra: Almedina.

- GRIMM, D. (2016). *Constitutionalism: Past, Present, and Future*. Oxford: Oxford University Press.
- KUMAR, C. & CHOCKALINGAM, D. (2007). *Human Rights, Justice and Constitutional Empowerment*. Oxford: Oxford University Press.
- MARTÍNES, P. (2012). *Filosofia do Direito*. Coimbra: Almedina.
- MORAIS, C. (2006). *Justiça Constitucional - Garantia da Constituição e Controlo da Constitucionalidade*. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora.
- PORRUA, M. (2011). *Tendencias recientes de la justicia constitucional en el mundo / Recent trends in constitutional justice in the world: Ensayos Escogidos / Selected Essays*. Madrid: Arzate
- QUEIRÓS, C. (2018). *Novos Estudos de Direito Público Comparado, Filosofia do Direito e Relações Internacionais*. Tomo I. Lisbon: Petrony Editora,
- SEGADO, F. (2009). *La justicia constitucional: Una vision de derecho comparado*. Madrid: Dykinson.
- SOMEK, A. (2016). *The Cosmopolitan Constitution*. Oxford: Oxford University Press
- TERRILL, R. (2012). *World Criminal Justice Systems: A Comparative Survey*. 8th. Ed. London: Anderson
- YOWELL, P. (2018). *Constitutional Rights and Constitutional Design: Moral and Empirical Reasoning in Judicial Review*. Oxford: Hart Publishing

Un acercamiento a la noción de ciudadanía digital europea

An approach to the idea of a European Digital Citizenship

Victoria Alzina Lozano¹

Sumario: Introducción. La Ciudadanía Europea Y El Proyecto De Construcción De Europa. La Educación Como Impulso De La Ciudadanía Europea. El Ejercicio Político A Través De Internet. Conclusiones.

Resumen: La idea de Ciudadanía europea ha sido materia de reflexión incluso antes de la formación de la Unión Europea, y ha sido, así mismo, uno de los objetivos primordiales de dicha institución desde su creación. En el desarrollo de esta Ciudadanía han debido abordarse todos aquellos retos que la Era Digital plantea y que se deben salvar para lograr una más actualizada Ciudadanía europea digital. La Agenda Digital, los programas educativos y la inversión en desarrollo tecnológico son algunas de las acciones que el Consejo de Europa y la Unión Europea han promovido para procurar que Europa y su ciudadanía se encuentren en una posición competitiva en la Era Digital. Asimismo, la UE y el Consejo de Europa han centrado sus esfuerzos, a través de esas vías de desarrollo – y difusión – tecnológico, en propiciar una verdadera Democracia electrónica que favorezca y acreciente la participación ciudadana en la vida política de Europa. Todo esto parte, sin duda, de los esfuerzos por crear una cohesión entre los ciudadanos europeos, mediante la igualación de los derechos entre estos paralelamente al fomento de un sentimiento europeo, sobre todo en los más jóvenes, que sea lo suficientemente fuerte para no solo perdurar en el tiempo, sino ser cada vez más potente.

Palabras clave: Ciudadanía europea; ciudadanía digital; Unión Europea; Democracia electrónica

Abstract: The notion of European Citizenship has been a topic of reflection even before the constitution of the European Union, and it has been one of the primordial goals of this institution since its creation. In the developing of this Citizenship, all the challenges that Digital Era arise had been tackled in order to achieve a more updates European Digital Citizenship. The Digital Agenda, the formative programs and the investment in technological development are some of the doings that the European Council and the EU have promoted to procure that Europe and its citizenship are stablished in a competitive position within the Digital Era. Likewise, the EU and the Council have concentrated their efforts, through these lines of technological development and diffusion, in propitiate a real e-democracy that stimulate and increase the citizen participation in the political life of Europe. All of the above, proceeds, without a doubt, from the efforts made to create cohesion between the European citizens, through the equalization of their rights, parallel to the encouragement of a European sense, especially among the youth, that is strong enough not only to endure in time, but to get stronger along it.

Key words: European Citizenship; digital citizenship; European Union; e-democracy

¹ Profesora asociada del Área de Historia del Derecho y las Instituciones. Departamento de Ciencias de la Educación, Lenguaje, Cultura y Artes, Ciencias Histórico-Jurídicas y Humanísticas y Lenguas Modernas Universidad Rey Juan Carlos. victoria.alzina@urjc.es

Introducción

La idea de Europa nunca ha sido una materia sencilla de delimitar, y la definición de lo que es ser europeo no ha supuesto un consenso mayor. La búsqueda o el rechazo del sentimiento de pertenencia a una entidad superior que la de la propia nación ha supuesto conflictos ideológicos históricamente.

Un ejemplo claro de esto es el de Miguel de Unamuno, que se debatió continuamente entre la pertenencia a Europa como campo de intercambio cultural, o el rechazo a un prematuro sentimiento europeísta que parecía suponer la pérdida de la identidad propia. Unamuno terminó decantándose por un aparente rechazo a esta europeización, es decir, a la integración en la vida española de todo aquello que provenía de las naciones vecinas; y abogó por un intercambio cultural mutuo en el que todos los países aportasen y recibiesen de manera equilibrada e igualitaria. Figuras como Ortega y Gasset, optaron por lo contrario, confiando en un proyecto europeo en el que las naciones líderes ayudasen a moldear social y culturalmente a aquellas naciones menos progresistas, menos modernas y menos científicas.

Superado el miedo y el rechazo a la disolución de la identidad propia en pro de una identidad europea, los ciudadanos de la Unión han ido generando en los últimos treinta años un verdadero sentimiento de pertenencia a esa entidad superior que es la UE. No obstante, siguen surgiendo retos; y sin duda es el de seguir construyendo una ciudadanía europea pero, además, digital. Para esto tanto la Unión Europea como el Consejo de Europa han establecido distintas estrategias y planes de actuación que siguen actualizando y revisando constantemente para no quedarse atrás en el desarrollo de la sociedad digital.

1. La ciudadanía europea y el proyecto de construcción de europa

El concepto de ciudadanía europea lleva configurándose desde mucho antes de la creación de la propia Comunidad Europea, es un concepto que ha ido perfilándose a lo largo del tiempo en relación con la cultura, los valores y las ideas del continente europeo. Obviamente, el gran daño que supuso para Europa la Segunda Guerra Mundial provocó que se trabajase con mayor ahínco en un proyecto europeo común, y que los ciudadanos sintiesen como suyo.²

Con este objetivo surgieron las Comunidades Europeas, que a lo largo de su historia han visto como se iba proponiendo determinadas actuaciones con el fin de poner al ciudadano en el centro del proyecto. Tales actuaciones son reconocidas por la mayoría de la población y han ayudado a mejorar las relaciones entre los europeos, poniendo especial atención en las que, desde nuestro punto de vista, pueden tener una mayor relevancia: El programa Erasmus, El espacio Schengen y el Euro.

Este cambio, Habermas lo consideró muy importante, pues expresa que el objetivo de La «Comunidad Económica Europea» se ha convertido actualmente en una «Comunidad Europea» que manifiesta la voluntad de construir una «Unión

2 PÉREZ-BUSTAMANTE, Rogelio. Historia política de la Unión Europea, 1940-1995. Madrid: Dykinson, 1995.

Europea», aunque observa dificultades como el multiculturalismo que puede existir en los distintos países en comparación con grandes proyectos federalistas como EEUU³.

Este gran trabajo se vería refrendado en el Tratado de la Unión en 1992⁴, en el que se crea una ciudadanía europea:

“Artículo 8 1. Se crea una ciudadanía de la Unión. Será ciudadano de la Unión toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro. 2. Los ciudadanos de la Unión serán titulares de los derechos y sujetos de los deberes previstos en el presente Tratado.

Artículo 8 A 1. Todo ciudadano de la Unión tendrá derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, con sujeción a las limitaciones y condiciones previstas en el presente Tratado y en las disposiciones adoptadas para su aplicación. 2. El Consejo podrá adoptar disposiciones destinadas a facilitar el ejercicio de los derechos contemplados en el apartado anterior. Salvo disposición en contrario del presente Tratado, se pronunciará por unanimidad a propuesta de la Comisión y previo dictamen conforme del Parlamento Europeo.

Como señala Liñán Nogueras este sentimiento quedó plasmado en el Tratado de la Unión versión Maastricht con unas pequeñas modificaciones que encontramos en el Tratado de Funcionamiento de la Unión, pero que, actualmente, está asumido por la mayoría de los ciudadanos y se encuentra institucionalizado por los Estados, aunque las nociones que contiene esta ciudadanía desde el punto de vista jurídico todavía encuentran algunos problemas: “libertad de circulación y de residencia⁵, derecho de sufragio activo y pasivo en elecciones municipales⁶ y al PE en el lugar de residencia y el derecho de la protección diplomática y consular^{7”8}.

Parece complicado lograr un unánime sentimiento de pertenencia a una ciudadanía que englobe a cada una de las que constituyen la UE, por ello, desde su conformación se han buscado políticas de cohesión entre las naciones, y sobre todo, entre sus ciudadanos. El objetivo primordial es mejorar la calidad de vida de todos los ciudadanos europeos de manera paralela a la consolidación del proceso de construcción de Europa, en una Unión de países sin grietas y que avanza de manera comprometida sin dejar ningún pueblo ni ciudadano atrás.

Para afianzar esta ciudadanía europea – cada vez más fuerte –, se abren dos vías: equiparar a todos los ciudadanos a nivel judicial y de protección, y promover la igualdad de acceso a la multitud de oportunidades que la cooperación entre países

3 HABERMAS, Jürgen. Ciudadanía e identidad nacional. Reflexiones sobre el futuro europeo. En: Facticidad y validez, 1998, p. 619-643.

4 En el preámbulo del Tratado ya se puso de manifiesto que los firmantes “RESUELTOS a crear una ciudadanía común a los nacionales de sus países”, así como en su artículo B “reforzar la protección de los derechos e intereses de los nacionales de sus Estados miembros, mediante la creación de una ciudadanía de la Unión”

5 Artículo 39 1. Todo ciudadano de la Unión tiene derecho a ser elector y elegible en las elecciones del Parlamento Europeo en el Estado miembro en que resida, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado. 2. Los diputados del Parlamento Europeo serán elegidos por sufragio universal libre, directo y secreto.

6 Artículo 23. Todo ciudadano de la Unión podrá acogerse, en el territorio de un tercer país en el que no esté representado el Estado miembro del que sea nacional, a la protección de las autoridades diplomáticas consulares de cualquier Estado miembro, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado. Los Estados miembros tomarán las disposiciones necesarias y entablarán las negociaciones internacionales requeridas para garantizar dicha protección.

7 Artículo 46. Todo ciudadano de la Unión podrá acogerse, en el territorio de un tercer país en el que no esté representado el Estado miembro del que sea nacional, a la protección de las autoridades diplomáticas y consulares de cualquier Estado miembro, en las mismas condiciones que los nacionales de este Estado.

8 LIÑÁN NOGUERAS, Diego J. La ciudadanía europea: una cuestión abierta. En: Teoría y realidad constitucional. 2013, no 32, p. 360.

abre. Dentro de la primera ruta, sea adoptan vías de defensa del ciudadano tanto dentro de las fronteras de la Unión como fuera de estas; de las más destacables, la protección consular de cualquier ciudadano europeo en un país en el que el suyo propio no cuente con embajada, y que como recoge Guzmán, “es el único derecho asociado a la Ciudadanía con proyección exterior, dado que está orientado a asegurar que la protección del ciudadano funcione cuando se halla en países terceros”.⁹

Además, se advoca por inculcar en la juventud un sentimiento europeísta de hermandad a través de experiencias como el programa Erasmus+, fomentando las relaciones igualitarias y el intercambio cultural. Poco a poco, estas acciones han conseguido ir creando dentro del ciudadano europeo un sentimiento de pertenencia a un sistema superior al de su propia nación, donde mantiene una relación de igual a igual con el resto de sus componentes.

Como apunta Anguita, dicho sentimiento de pertenencia a la UE se ha convertido en un poso dentro de los europeos; llegando a ser el ciudadano el protagonista de esta organización desde su conformación hasta la actualidad.¹⁰ Aparentemente superada la duda en torno a la efectiva realización de una ciudadanía europea, cabe hacerse una pregunta más actualizada, ¿cuáles son los retos para una ciudadanía europea en la era digital en que vivimos? o más concretamente, ¿cuáles son las claves para el éxito de la ciudadanía digital europea? Debemos, para arrojar algo de luz en esta cuestión, tener en cuenta distintas realidades y las acciones en favor de la fructífera consolidación de una ciudadanía digital.

El primer paso en esta línea fue la puesta en funcionamiento por parte de la Comisión del programa eEurope, aprobado en el año 2000 en la Cumbre europea de Lisboa “donde se recogían un conjunto de medidas que tanto la Unión Europea como la Comisión Europea desarrollaron para avanzar en la Sociedad de la información y la Sociedad del Conocimiento”.¹¹ Los propósitos más destacables de este programa se establecen en torno a tres puntos: hacer llegar a cada ciudadano, hogar, escuela, empresa y administración la digitalización y la comunicación en línea; propiciar una Europa que domine el ámbito digital, fundamentada en un espíritu emprendedor y con la disposición de financiar y desarrollar nuevas ideas; y por último, procurar que todo este proceso no deje a ningún ciudadano fuera, es decir, defender la integración social y afirmar la confianza de los consumidores y reforzar la cohesión social. Además se ha establecido una Agenda Digital que plantea toda una serie de objetivos a cumplir:

“la creación de un mercado único digital dinámico que permita acceder a todas las ventajas que aporta la era digital; crear una auténtica interoperabilidad entre los productos y servicios de TI; hay que crear un marco digital en el que se pueda confiar y sea seguro; se necesita una internet muy rápida; se debe apostar por la investigación e innovación; en la era digital se debe fomentar la alfabetización, la capacitación y la inclusión digital; finalmente, los beneficios que producen las TIC deben repercutir en la sociedad de la Unión, mediante el uso de las TIC para proteger el medio ambiente, crear una atención sanitaria sostenible o promover la diversidad cultural.”¹²

9 GUZMÁN ZAPATERO, Mónica. La protección consular como derecho derivado de la Ciudadanía. En: Revista de Derecho de la Unión Europea. UNED, no. 27-28, 2014, p. 260.

10 ANGUITA OSUNA, José Enrique. La construcción de la Europa ciudadana en el siglo XXI. En: La Europa ciudadana. Madrid: Dykinson, 2020, p. 179.

11 ANGUITA, José Enrique y SUAREZ, Fernando. Pasado, presente y futuro de la Sociedad de la Información en la Unión Europea: Referencia a la Agenda Digital Europea. En: El derecho público y privado ante las nuevas tecnologías. Madrid: Dykinson, 2020, p. 470.

12 Op. cit. p. 471.

Por lo anteriormente expuesto y considerando el avance que en la actualidad tienen todos los procesos digitales, consideramos necesario tratar el aspecto del ciudadano europeo desde la perspectiva digital, analizando cuales son las ventajas que aporta a la Unión este nuevo ámbito en el proceso de integración, y además, cuales son los posibles objetivos de trabajo que sirvan para perseguir el principal objetivo que busca la UE: que cualquier ciudadano europeo resida en cualquier lugar de la Unión se sienta con los mismos derechos y obligaciones que un nacional de dicho Estado.

2. La educación como impulso de la ciudadanía europea

Gran parte del problema del sentimiento europeo, como señala Linde Paniagua, es que La Unión Europea y los Estados miembros han fallado a los ciudadanos europeos en resolver los grandes problemas que han ido surgiendo, como son la crisis económica de 2008 y los movimientos migratorios;¹³ aunque, en otros casos como la crisis del Covid-19 parece que la respuesta de la Unión ha sido mucho más coordinada facilitando el trabajo científico, médico y político.

Para dar a conocer este tipo de actuaciones conjuntas es necesario una mejor comunicación por parte de la Unión, no solo a través de los medios, sino también en las Redes Sociales (Instagram, Twitter, Facebook) que junto a un mayor conocimiento de los ciudadanos de lo importante que es la UE para los Estados, facilitará ese sentimiento de ciudadanía europea que se ansía alcanzar.

Es importante comenzar por la educación pues es la base de la sociedad y por ello, la UE debe darse a conocer desde esta primera etapa.¹⁴ En este plano la Unión hace esfuerzos continuos para garantizar el aprendizaje a través de las TIC y el uso seguro de estas, sobre todo por parte de los menores. Como nos recuerdan Anguita y Suarez, se impulsaron toda una serie de programas para garantizar la seguridad al hacer uso de Internet, como el programa Safer Internet, que se desarrolló entre 1999 y 2004 y que fue sustituidos por el programa Safer Internet plus, desarrollado entre 2005 y 2008. Este programa, comunitario y plurianual, tenía como fin proteger a los niños al hacer uso de Internet y de otras tecnologías de la comunicación.¹⁵ Una de las propuestas del programa eEurope era garantizar el acceso a la juventud europea a la era digital, es decir, convertir la cultura digital en una de las destrezas básicas de los jóvenes europeos. Asimismo se llegó al compromiso de dotar a todos los centros educativos de los Estados miembros de acceso a Internet y a los recursos multimedia necesarios para procurar la formación suficiente en el plano digital del alumnado europeo.

13 LINDE PANIAGUA, Enrique. Crisis económico-financiera; Ciudadanía europea; Secesión de territorios en la Unión Europea. En: Revista de Derecho de la Unión Europea, 2014, no 27-28, pp. 13-24.

14 Autores como Guichot Reina, han abogado por la inclusión en la enseñanza obligatoria, bachillerato y ciclos formativos de la enseñanza de UE como necesaria y excelente, pues desde el punto de vista educativo la confianza en los demás aumenta cuando los adolescentes alcanzan la escuela secundaria que ayuda a adquirir otras competencias para ejercer la ciudadanía democrática. GUICHOT REINA, Virginia. La construcción de la ciudadanía europea, un desafío para la educación en el siglo XXI. Revista de Ciencias de la Educación: Órgano del Instituto Calasanz de Ciencias de la Educación, 2005, vol. 203, p. 392.

15 ANGUITA OSUNA, José Enrique y SUAREZ BILBAO, Fernando, p. 470.

Además, parte de la garantía de la seguridad de los ciudadanos parte de la educación en materia digital de este; por lo que debe abogarse por seguir una dirección común en la protección del ciudadano en las plataformas de Internet, no solo en cuanto a la defensa del consumidor, sino la identidad individual del ciudadano; la protección frente a los ciberataques y al ciberacoso. Esto es, una aplicación en el campo digital de aquellas medidas administrativas que buscan simplificar la vida cotidiana de los ciudadanos: “Aumentar la seguridad y promover la igualdad. Dentro de este apartado se vislumbran dos grandes tipos de medidas, por un lado, responder al as amenazas para la seguridad y proteger los ciudadanos y, por otro lado, amparara a todos los ciudadanos y promover la igualdad y la lucha contra la discriminación.”¹⁶

3. El ejercicio político a través de internet

El propio fomento de las TIC como herramienta para una alfabetización digital, es decir, el desarrollo de competencias digitales, busca traducirse en el uso de la tecnología como útil para la próspera evolución de una ciudadanía europea digital, de las naciones y de la Unión. Formando así ciudadanos que puedan ejercer sus derechos políticos a través de las plataformas digitales, acercándose al contenido informativo y político volcado por las distintas instituciones relacionadas con la Unión. “Las instituciones europeas, como la Comisión, fomentan que los ciudadanos conozcan sus derechos mediante mecanismos como el portal “Tu Europa” o el portal “e-Justicia”. Asimismo, los Estados miembros tratan de ayudar a proteger sus derechos en la Unión Europea, y cooperan con la red SOLVIT.”¹⁷ Es decir, es fundamental la defensa de una democracia electrónica, acercando las materias políticas y el ejercicio de los derechos políticos a la ciudadanía a través de Internet. Propiciando ciudadanos activos, se debe buscar “aplicar un impulso mayor del uso de las tecnologías y del voto electrónico, lo que sin duda contribuiría a la constitución de la Europa ciudadana digital.”¹⁸

El punto de mira de la UE para una Europa digital, está puesto en avanzar sin dejar a ningún ciudadano, nación ni institución atrás. El Consejo de Europa, en junio de 2009, sentó una serie de conclusiones en torno a la lucha por la digitalización de Europa en la búsqueda de una Europa reforzada, competitiva, innovadora y altamente digitalizada. Algunas de las líneas de actuación consistirían en el fomento de dichas tecnologías digitales, la defensa de la ética. científica en el campo de la inteligencia artificial, el refuerzo en materia de ciberseguridad, un perfeccionamiento de las cibercompetencias y desarrollo de la sociedad del Gigabit y el 5G.

4. Conclusiones

Suavizar la desigualdad social con el fin de erradicarla es uno de los retos fundamentales, pues el desarrollo mismo de las tecnologías no es eficiente si estas no están al alcance del ciudadano. Esa realidad parecía enterrada en una sociedad

¹⁶ ANGUITA OSUNA, José Enrique, p. 188.

¹⁷ Ibid.

¹⁸ Op. cit., p. 189.

en la que aparentemente todo el mundo tiene acceso a dispositivos electrónicos, no obstante, ese acceso no es siquiera de calidad o suficiente como para considerar que nuestra sociedad es absolutamente digital. La pandemia de la Covid-19 ha ayudado a destapar esta realidad, la de la brecha digital: por un lado encontramos la falta de recursos económicos de un número importante de núcleos familiares que impiden el acceso de calidad a los materiales digitales, y por otro, la incapacidad de los centros educativos de actualizar sus dispositivos con acceso a Internet o garantizar que los alumnos puedan hacer uso de estos fuera de las horas lectivas presenciales.

Mucho pareció sorprender cuando durante la pandemia se donaron cientos de dispositivos a escolares que no disponían de estos materiales electrónicos en sus hogares para poder formar parte de un nuevo sistema educativo no presencial, o el desembolso en forma de ayudas y fondos extraordinarios dedicados a dotar a colegios, alumnado y profesorado de materiales. Ni si quiera aquellos que sí tenían acceso a los materiales estaban preparados para afrontar una vida educativa y laboral fundamentada en el uso de los recursos digitales, lo que demostraba la otra cara de la moneda: la falsa idea de conocimiento y formación en torno a las TIC y los dispositivos, conformada por un uso de las plataformas de Internet superfluo y basado más en el ocio y la más fútil cotidianeidad que en el desarrollo del máximo potencial de las tecnologías en pro de nuestra sociedad. A los recursos formativos – el verdadero y efectivo aprendizaje de las TIC –, por lo tanto, debe sumarse la búsqueda de la garantía de unos recursos materiales al alcance de los ciudadanos para poder ejercer esa democracia electrónica que consolidaría una verdadera ciudadanía digital europea.

Referencias bibliográficas

ANGUITA OSUNA, José Enrique. La construcción de la Europa ciudadana en el siglo XXI. En: La Europa ciudadana. Madrid: Dykinson, 2020, pp. 179-191.

ANGUITA OSUNA, José Enrique y SUAREZ BILBAO, Fernando. Pasado, presente y futuro de la Sociedad de la Información en la Unión Europea: Referencia a la Agenda Digital Europea. En: El derecho público y privado ante las nuevas tecnologías. Madrid: Dykinson, 2020, pp. 466-474.

GUICHOT REINA, Virginia. La construcción de la ciudadanía europea, un desafío para la educación en el siglo XXI. En: Revista de Ciencias de la Educación: Órgano del Instituto Calasanz de Ciencias de la Educación. 2005, vol. 203, pp. 375-402.

GUZMÁN ZAPATER, Mónica. La protección consular como derecho derivado de la Ciudadanía. En: Revista de Derecho de la Unión Europea. UNED, no. 27-28, 2014, pp. 250-280.

HABERMAS, Jürgen. Ciudadanía e identidad nacional. Reflexiones sobre el futuro europeo. En: Facticidad y validez. 1998, pp. 619-643.

LINDE PANIAGUA, Enrique. Crisis económico-financiera; Ciudadanía europea;

Secesión de territorios en la Unión Europea. En: Revista de Derecho de la Unión Europea, 2014, no. 27-28, pp. 13-24.

LIÑÁN NOGUERAS, Diego J. La ciudadanía europea: una cuestión abierta. En: Teoría y realidad constitucional. 2013, no. 32, pp. 359-361.

PÉREZ-BUSTAMANTE, Rogelio. Historia política de la Unión Europea, 1940-1995. Madrid: Dykinson, 1995.

Comparative constitutional justice towards a contemporary interpretation of human rights

Marco Ribeiro Henriques¹

Summary: Introduction, 1. constitutional justice towards a contemporary interpretation of human rights, 2. Conclusions, Bibliography.

Abstract: Our article seeks to treat comparative constitutionalism from a dual perspective; from both a constructivist and guarantee-based view, especially as regards its role in guaranteeing and maintaining the development of human and fundamental rights of modern societies today. In the first part of our article, we sought to establish the importance of the unifying function of comparative public law, exerted by constitutional courts, in legitimizing their role as guardians of the constitution in general and of fundamental and human rights they contain in particular. We affirm that, according to the material conception of the constitution, constructed from the second half of the twentieth century, the foundation of constitutional justice as legitimate as a democratic institution is not limited to constitutional rigidity and, in the same vein, to the formal supremacy of constitutional norms. The judicial guarantee of the constitution is justified, in particular, by virtue of its protective function of human and fundamental rights, which together with popular sovereignty constitute the ideological foundations of the political and cultural process that underlies the formation of constitutional theory. This process can also be called modern constitutionalism, because the very legitimacy of constitutional justice stems in large part from the fact that its action is definitely focused on respect for human and fundamental rights of citizens in today's society. We develop our analysis against a landscape in which international legal realities naturally interrelate with each other to become concrete and internal national realities, but only inasmuch as they are passive receptors of international law, emerging through legislation, custom, or, in the case of the question we propose to examine, through comparative constitutional justice.

Keywords: Constitutionalism, comparative public law, human rights, constitutional justice.

¹ NOVA School of Law

Introduction

In this way, the theory of constitutional justice combines the democratic legitimacy that comes from popular sovereignty, consolidated in the founding political decisions that give rise to the constitution, and also through the technique of majority-vote decision making, with respect for genuine basic rights of individuals, conceived as moral rights recognized and protected by the legal system, as a way of protecting minorities -as well as majorities- with poor representation in the political arena.

This theoretical formulation reflects a position of primacy that human rights have in the new constitutionalism, also referred to by certain doctrines as neo-constitutionalism or post-positivist constitutionalism, whose paradigm is the constitutional state of democracy and law.

On that subject, Paul Yowell points out that neo-constitutionalism constitutes a new legal theory that justifies the paradigm shift from the legislative state of law to a constitutional state of law, embodied in the substitution of the principle of legality as a core element of the system by the principle of constitutionality, or juridically, which results from the recognition of the constitution as a true legal norm².

Neo-constitutionalism points to a material concept of constitution that functions both as a legal limitation of political power, that is, as a guarantee, since it acts as a directive standard, establishing a concrete catalogue of fundamental values that make up the axiological reference of the entire legal system, at the core of which we find human rights and, within them, the fundamental rights of citizens.

In this regard, Gomes Canotilho affirms that the constitutional state of law is a result, therefore, of the paradigm shift from the legal state model of law to a new model of law and democracy, based on a system of substantial links between the principles and fundamental rights established in constitutions³.

The relevance of human rights in the constitutionalism of the twentieth century therefore denotes axiological superiority, in the context of material supremacy assumed by these rights in the internal legal systems, especially after the Second World War, in such a way that they have come to occupy a privileged place of normativity in relation to the other constitutional norms.

1. Constitutional justice towards a contemporary interpretation of human rights

The centrality of human rights in the new paradigm established by the constitutional state of democracy and law also obviates the necessity for a review of the traditional ideas of constitutionalist dogmatics, such as the notion that all constitutional norms are placed at the same hierarchical level or have the same legal value, by virtue of being part of the same normative body, itself a direct result of the principle of constitutional unity.

Based on these observations, the modern science of constitutional law has

2 cf. op. cit. YOWELL, P. (2018). *Constitutional Rights and Constitutional Design: Moral and Empirical Reasoning in Judicial Review*. Oxford: Hart Publishing.

3 cf. CANOTILHO, G. (2018). *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7th ed. Coimbra: Almedina.

been studying the positive action of constitutional justice, in order to deepen and refine the protection of human rights, especially the constructions of modern European constitutionalist doctrine, such as those in Germany, Spain and Portugal.

This is one finding of Fernando Alves Correia e Paulo Cunha, who observes the important role of the safeguarding and effectiveness of human rights carried out by constitutional justice, namely by constitutional courts, not only in affirming and consolidating the rights and freedoms of citizens, but also in deepening of their content and scope, from which developments and wider implications are being drawn on an ongoing basis⁴.

The authors mention that in order to identify this action in the constitutional courts with regard to the protection of human rights, the German doctrine has referred to the existence of a “refinement” of constitutional rights and of the juridical-constitutional status of the legal persons and citizens exercised by the constitutional court⁵.

We also find this degree of development in Spanish doctrine, which refers to a kind of “continuous redefinition” of the content of human rights administered by the constitutional court, in the educational effect of constitutional jurisprudence, in matters of human and fundamental rights, and in declarations constitutional tribunals on human rights⁶.

In Brazil, this issue is raised by Océlio Moraes under the title of developmentalist interpretation of the constitutional jurisdiction of freedoms, that is, the function performed by the constitutional court, through the interpretation of the constitution, fosters the expansion and development of human rights and fundamental rights of citizens, especially in view of their special normative structure based on principles⁷.

According to the author, this function can be implemented in from either one of two perspectives, either by broad interpreting human rights, or by protecting or asserting these rights against laws and other normative acts that violate them⁸.

The developmental interpretation of human rights allows the constitutional court to redefine the content of these rights and promote the updating of the constitution to take account of current social changes, triggering a true process of informal change to the constitution, without that implying the alteration of its text, and this is the reason for the close link to the phenomenon already termed “constitutional mutation” by some doctrines⁹.

Considering the possibilities of constitutional mutation made possible in the application of human rights mentioned above, and the risks of unconstitutional mutation, we question the legal parameters that govern this comparative interpretation

4 cf. op. cit. CORREIA, F. (2016). *Justiça Constitucional*. Coimbra: Almedina. and CUNHA, P. (2018). *Filosofia do Direito - Fundamentos, Metodologia e Teoria Geral do Direito*. Coimbra: Almedina.

5 Idem.

6 cf. PALACIOS, P. (2015). *La tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. 1981-2014. Madrid: Cultiva Libros, and op. cit. SEGADO, F. (2009). *La justicia constitucional: Una vision de derecho comparado*. Madrid: Dykinson.

7 cf. MORAIS, O. (2017). *Direitos Humanos Fundamentais e a Justiça Constitucional Brasileira*. Brasília: Lumen Juris.

8 Idem.

9 Idem ibidem and PILAU, N. (2003). *Teoria Constitucional Moderno-Contemporânea e a Positivação dos Direitos Humanos nas Constituições Brasileiras*. Brasília: UPF

of the constitutional court that uses the mechanism whose practice is constituted in the informal change of the constitution, updating it through judicial interpretation or complementing it through constitutional construction, in order to redefine the constitutional norms that establish human rights and fundamental rights in a given state¹⁰.

This is because it will not be enough, in our opinion, to recognize the legitimacy of the creative act of the constitutional judge as a foundation for the protection of human rights, based on any agenda of concrete values institutionalized in the constitutional state of democracy and law. Likewise, it will therefore be necessary to reflect on the criteria according to which the constitutional court will determine, in particular, the normative content of these institutionalized values, especially in view of the fact that it is not an intellectual activity of mere subsumption but a creative implementation of the law.

This is an issue that, as has been seen, has been the subject of intense debate in the theoretical field of legal-constitutional hermeneutics, giving impetus to the idea that it is totally impracticable to seek a system of certainties in the application of the constitutional norms of human rights, given that its implementation, within the scope of the constitutional court, will always depend on the arguments¹¹.

Rather, it is an argumentation developed within a public and open procedure, based on criteria of rationality and based on the legal system, but in any case, incapable of ensuring predictability and certainty for the solution of any specific case¹².

It could be argued that the solution presented makes little progress in clearly identifying the material limits to the constitutional function, since it would still be necessary to develop in depth the content of this idea of dominant law, discussing, in each case, the legal parameters that condition the legitimate exercising of the constitutional function when it accedes to the reception of institutes and interpretations of jurisprudence of other constitutional courts¹³.

As to the use of comparative constitutional law by the constitutional court, to legitimize its constitutional function, two considerations are appropriate.

The first of these is the theoretical possibility of seeking in other legal systems, particularly in other constitutional systems, elements that contribute to a legitimate exercising of the constitutional function compared to constitutional justice, especially when one considers the crisis faced by the universal nature of classical theories of constitutionality¹⁴.

By understanding constitutionalism as an historical and cultural process of

10 Idem.

11 cf. op. ult. cit. MARTÍNES, P. (2012). *Filosofia do Direito*. Coimbra: Almedina., op. cit. CUNHA, P. (2018). *Filosofia do Direito - Fundamentos, Metodologia e Teoria Geral do Direito*. Coimbra: Almedina, but also in ALBERT, R., CONTIADES, X. & FOTIADOU, A. (2017). "The Foundations and Traditions of Constitutional Amendment". *Hart Studies in Comparative Public Law*. n.º 17. Oxford: Hart Publishing.

12 cf. op. ult. cit. CUNHA, P. (2018). *Filosofia do Direito - Fundamentos, Metodologia e Teoria Geral do Direito*. Coimbra: Almedina.

13 cf. op. cit. KUMAR, C. & CHOCKALINGAM, D. (2007). *Human Rights, Justice and Constitutional Empowerment*. Oxford: Oxford University Press, and PETERS, C. (2014). *Precedent in the United States Supreme Court (Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice)*. Berlin: Springer.

14 Idem and op. cit. SEGADO, F. (2009). *La justicia constitucional: Una vision de derecho comparado*. Madrid: Dykinson.

the formation of constitutional theory, we can affirm that the constitution appears as the product of a culture, or we can say that the constitution is the result of cultural objectification of principles and values substantial to life in society institutionalized in it, and hence, that the constitution is an expression of the degree of cultural development of a people, representing the cultural status quo achieved, but which is constantly evolving¹⁵.

It should be noted, however, that recognition of the cultural link to the constitution has the consequence of perceiving the fragmentary nature of the conceptions surrounding the constitution, for, despite the universalizing bias of constitutional theories, especially French liberal constitutionalism, cultural diversity would limit the viability of elaborating a theory of unique constitution¹⁶.

Nevertheless, according to some authors¹⁷, among which we highlight Gomes Canotilho, the theory of the constitution began to face problems of universalization mainly from the 1980s and 1990s, when the emergence of other universalities came to compete directly with the state, for example, commerce and industry, electoral systems and others, as well as the emergence of supranational legal systems, which are not sufficiently explained by the Nation-State paradigm¹⁸.

However, the universalizing character of the theory of the constitution persists in the recognition of international principles for the protection of human and fundamental rights of citizens, as a current condition of human civilization, which consists in the self-awareness of human beings as the fruit of a historical evolution that consecrated, among others, the principle of the dignity of the human person.

In this regard, the idea of a worldwide supranational constitution for some doctrine gains momentum in the process of equal globalisation experienced by humanity, affirming a set of constitutional principles or standards that participate in a kind of collective juridical consciousness¹⁹.

However, it is necessary to stress that, in this context, universalization does not dispense with the need for an open and critical dialogue that respects cultural diversities, as well as the theory of the constitution must understand contemporary cultural differentiation and, moreover, constitutional interculturalism, the dialogue between constitutions and what some call particular theories of the constitution²⁰.

The second observation concerns the need to justify theoretically the incorporation of statements of reasons from other constitutional systems for the

15 cf. op. cit. GRIMM, D. (2016). *Constitutionalism: Past, Present, and Future*. Oxford: Oxford University Press, and op. cit. TERRILL, R. (2012). *World Criminal Justice Systems: A Comparative Survey*. 8th. Ed. London: Anderson.

16 Idem.

17 cf. op. ult. cit. CANOTILHO, G. (2018). *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7th ed. Coimbra: Almedina and op. cit. PILAU, N. (2003). *Teoria Constitucional Moderno-Contemporânea E a Positivização dos Direitos Humanos nas Constituições Brasileiras*. Brasília: UPF and NOVAIS, J. & FREITAS, T. (2018). *A Dignidade da Pessoa Humana na Justiça Constitucional*. Coimbra: Almedina.

18 Idem.

19 cf. op. ult. cit. CUNHA, P. (2018). *Filosofia do Direito - Fundamentos, Metodologia e Teoria Geral do Direito*. Coimbra: Almedina.

20 cf. op. ult. cit. SOMEK, A. (2016). *The Cosmopolitan Constitution*. Oxford: Oxford University Press, op. cit. YOWELL, P. (2018). *Constitutional Rights and Constitutional Design: Moral and Empirical Reasoning in Judicial Review*. Oxford: Hart Publishing, and op. cit. SEGADO, F. (2009). *La justicia constitucional: Una vision de derecho comparado*. Madrid: Dykinson.

implementation of human rights in the national legal order, regarding the practice we have seen of using doctrines, precedents and jurisprudence of other courts to explain decisions in national courts. Such explanation becomes necessary in the face of the existence of isolationist theoretical positions that reject this expedient of reception, on the grounds that constitutional justice only legitimizes itself when it applies the national constitution, and does not permit this minority doctrine to seek solutions for its constitutional problems in foreign legal systems.

The use of the comparison of rights in the solution of constitutional problems gains greater importance in the field of human rights precisely because of its universalizing dimension, since these rights are, as we know, internationally recognized and are intrinsically linked to human dignity, having their origins in superior ethical imperatives and linked to a collective juridical conscience which transcends national boundaries, thus assuming a universal character.

In contrast to the isolationist thesis of constitutional law, it was ascertained that American constitutionalism drinks from the same historical and cultural sources as does European constitutionalism.

We can therefore affirm with certainty that, despite the national cultural constitutional peculiarities, the nations of Western civilization share a common constitutional culture on many points, stemming from their historical tradition linked to the anthropocentric paradigm of the juridical order and, above all, to the conception of human nature and human rights²¹.

In this regard, it is important to revisit the constitutional experiences of other higher courts that are references to the national legal debate, especially when it is considered that the constitutional norms concerning human rights have always aspired to universality, given that they are inspired by the principle determining dignity of the human person.

By contrast, the notion that the intercultural communicability of constitutional experiences could imply a violation of the state's sovereignty or the negating of its constitutional identity reveals unfounded concerns, once this exchange of experiences is subjected to the scrutiny of the national constitutional system, being certain that the adequacy finding will always be the preserve of the constitutional court which has to decide whether to welcome reception of the jurisprudence of an international counterpart.

Some doctrines further point out that the relevance of foreign jurisprudence to national jurisprudence does not mean the preponderance of the former on the latter, but operates in much the same way at the metaphor of a person relying on the help of a more experienced friend to solve a difficult problem, without such reliance voiding his identity, and the communication of experiences is always filtered because it presupposes minimum standards of homogeneity or congruent judgements about the texts and constitutional jurisprudential contexts of the country²².

21 cf. op. ult. cit. GÁRDOS-OROSZ, Z. (2018). *New Challenges to Constitutional Adjudication in Europe: A Comparative Perspective* (Comparative Constitutional Change). London: Routledge.

22 Idem, op. cit. GRIMM, D. (2016). *Constitutionalism: Past, Present, and Future*. Oxford: Oxford University Press, and op. ult. cit. PILAU, N. (2003). *Teoria Constitucional Moderno-Contemporânea e a Positivação dos Direitos Humanos nas Constituições Brasileiras*. Brasília: UPF.

Together with the use of comparative constitutional law, the establishment of objective parameters to guide the performance of the constitutional function of constitutional justice must also be based on international principles for the protection of human rights, within the context of the constitutionalizing of international law, taking into account that in matters of human rights, the performance of constitutional justice is not restricted exclusively to the factors present in the internal legal system of the state, or the national constitution, but operates on principles that transcend that legal system, and consist in principles and guarantees that make up the set of legal precepts which, by their very nature, are inherent to humankind as such, based on its sense of justice, higher ethical values of a collective conscience, and belonging to constitutionalism on a global scale, the importance of which is growing from the legal reflexes not only to the process of economic globalization, but also to the process of legal globalization²³.

As we have already observed, despite its essentially economic matrix, globalisation also has repercussions in the most diverse spheres of social and political life, since the construction of its new economic structures interferes in the process of organization of institutional structures in which functional and territorial authority no longer overlap, entailing significant problems involving the notion of sovereignty as the centre of state power.

Therefore, from the point of view of the legal sciences, we can see the growing internationalization of constitutional law, together with the process of constitutionalising international law, in terms of constitutionalism on a global scale²⁴.

As with constitutional power of the states, the proposal of this global constitutionalism and, consequently, of their national constitutions, is increasingly linked nowadays to principles and rules of international law, especially the principles of observance of human rights that have come to function as parameter of validity of the national constitutions themselves, whose norms are considered null and void if they contravene the international standards of *jus cogens*. Global constitutionalism also tends to elevate the dignity of the human person as a presupposition of all constitutionalism's²⁵.

Thus, some authors, argues that the constitutional power is a legal power, a political force driven by an idea of dominant law that is recognized and characterized by the power establishing the foundations of the legal building that is the state and the legal system itself²⁶.

In other words, the constitutional power results from a historical and cultural process of forming a constitutional theory, and it is from these concepts that the constitutional legislator makes fundamental political choices, by bringing state and

23 cf. op. cit. BREYER, S. (2016). *The Court and the World: American Law and the New Global Realities*. Washington: Vintage, and op. ult. cit. ALBERT, R., CONTIADES, X. & FOTIADOU, A. (2017). "The Foundations and Traditions of Constitutional Amendment". *Hart Studies in Comparative Public Law*. n.º 17. Oxford: Hart Publishing.

24 cf. op. cit. CUNHA, P. (2018). *Filosofia do Direito - Fundamentos, Metodologia e Teoria Geral do Direito*. Coimbra: Almedina.

25 cf. op. ult. cit. CANOTILHO, G. (2018). *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7th ed. Coimbra: Almedina.

26 Idem, and PALACIOS, P. (2015). *La tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. 1981-2014*. Madrid: Cultiva Libros.

the legal order together, thus making it difficult not to observe the substantial ties inherent to the process.

The constitutional legislator, therefore, cannot escape the imposition of historical constraints, and needs must attend to what is compatible with the pace of civilization in any given time and place, applying what some authors Newton Pilau call the principle of practicability²⁷.

In truth, the positivist doctrine does not admit the juridicity of these principles, except when they are accorded positivism through institutional means of its own and, in any case, submitted to its validity based on compatibility with the national constitutional framework.

To illustrate this doctrinal position, we can cite the work of the constitutionalist Océlio Moraes for whom these transcendent principles suffer from juridicity, even though they lack univocal acceptance as safeguarding structures of indisputably juridical benefit²⁸.

As a reflection of a theological doctrine, they would be insusceptible to invocation as a basis for the performance of constitutional justice of modern and lay states, and therefore serve as objective benchmarks for the legal validity of the normative product of the constitutional decision.

We thus identify the same theoretical difficulty faced in the declination of material limits to the constitutional function, since these limitations refer to reality itself, and not to the normative spectrum of the juridical phenomenon. Differently expressed, our interpretation can be understood through the traditional theories of the constitution such as Hans Kelson's theories of constitutional power²⁹, which, in turn, aim for a separation between what "is" and what "should be", identifying in constitutional power a power of an exclusively political nature, thus rejecting the existence of legal norms with validity by definition, that is, *jus naturalis* in its rationalist sense, in favour of a purely normative scientific parameter.

Thus, when presenting effectiveness as the only condition of validity of law, legal positivism admits that any social order that imposes itself with effectiveness when aiming at social effectiveness is legal, thereby diverting any doubt about its legitimacy, in the sense of justifying its power³⁰.

Embracing this thesis, there would be no point in accepting legal limits to state constitutional power when the general principles that govern the law itself are moral or political rather than legal.

However, with the advent of neo-constitutionalism, it is necessary to review this theoretical premise of legal positivism, according to which the constitutional power would be exclusively a political power, without legal limits.

According to neo-constitutionalism, the legal order is not characterized solely

27 cf. op. ult. cit. PILAU, N. (2003). *Teoria Constitucional Moderno-Contemporânea e a Positivização dos Direitos Humanos nas Constituições Brasileiras*. Brasília: UPE.

28 cf. op. cit. MORAIS, O. (2017). *Direitos Humanos Fundamentais e a Justiça Constitucional Brasileira*. Brasília: Lumen Juris.

29 Cf. LANGFORD, P., BRYAN, I & MCGARRY, J. (2017). *Kelsenian Legal Science and the Nature of Law*. Berlin: Springer.

30 Idem and CUNHA, P. (2018). *Filosofia do Direito - Fundamentos, Metodologia e Teoria Geral do Direito*. Coimbra: Almedina.

by its effectiveness, since it is also grounded in ethics and political principles. In this regard, constitutional power cannot be conceived as mere *de facto* power, since it is inspired by a fundamental idea of law, full of meaning, in an agenda of substantial values of the society for which the laws exist. Constitutional power supposes, and, therefore, has its legitimacy conditioned to the fundamental principles, values and political choices that are discharged throughout the legal system, and its most relevant axiological benchmark, as we have already mentioned, of the dignity of the human person, is a fundamental and determining principle in the democratic constitutional state and in law³¹.

In our opinion, this view is flawed, since it assumes that constitutional power would not have a legal nature merely because it did not derive from an earlier legal status which conditioned its exercising and existence.

However, were it the first constitutional power, for the validity of a previous, unconditioned normativity, and not subject to pre-established rules outlining how it should be exercised, the constitutional power would nevertheless be a legal power, and it is only because it is secure in an idea of law; its very existence presupposes certain substantial values, because constitutional power is the fruit of an historical process, an ideological and cultural movement that absorbs the individuality of any legal system.

In this regard, in the case of the legal power, constitutional power has legal limits, although not expressed in legal norms, since the legal phenomenon is not exhausted in the normative plane.

Neo-constitutionalism allows us to overcome this mistaken notion of legal positivism to emphasize that effectiveness is not enough for a legal system. Effectiveness is sufficient to institute a formal system of legality, such as Hitler's national-socialist regime in Germany, but not a legal system according to the paradigm of the democratic constitutional state and law³².

This distinction even serves to explain, the legitimacy of the mechanisms of humanitarian intervention with a view to safeguarding and maintaining human rights, mainly due to the broad process of internationalization of these same rights and their disengagement from the domestic sphere of states, except for the sovereignty held as a principle of absolute authority within a given territory³³.

Going back to the core of the question under analysis in this article, however, we emphasize that the discussion on the nature of constitutional power cannot forget the whole historical and cultural process that underlies its theory.

At this point, it is important to emphasize that a return to natural law is not advocated. The idea of law preceding the constitution does not depend on a super-positive natural order, nor on the appeal to universal reason, but rather on facts and values that form part of the constitutional normativity of a plural society, since the

31 cf. op. cit. YOWELL, P. (2018). *Constitutional Rights and Constitutional Design: Moral and Empirical Reasoning in Judicial Review*. Oxford: Hart Publishing, and op. cit. KUMAR, C. & CHOCKALINGAM, D. (2007). *Human Rights, Justice and Constitutional Empowerment*. Oxford: Oxford University Press

32 cf. op. cit. GÁRDOS-OROSZ, Z. (2018). *New Challenges to Constitutional Adjudication in Europe: A Comparative Perspective (Comparative Constitutional Change)*. London: Routledge.

33 cf. op. cit. MORAIS, C. (2006). *Justiça Constitucional - Garantia da Constituição e Controlo da Constitucionalidade*. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora.

complexity of the legal phenomenon cannot simply be reduced to the normative level.

The new constitutionalism, intrinsically imbued with receiving contributions from comparative public law, involves a juridical theory centred on rights, principles and values and thus departs from the traditions of legal positivism to admit the existence of substantial values as constraints without resorting to the ideological agenda of *jus naturalis*, since the philosophical bases of neo-constitutionalism go back to an historical and cultural process of their own³⁴.

Thus, assuming the existence of legal constraints to the original constitutional power, which are proper to the idea of dominant law that is inherent to it, it is only natural to do the same in relation to the constitutional function of comparative constitutional justice.

The argument consists in considering that the constitutional court is limited in its constitutional function to the principles of the protection of human and fundamental rights of citizens, whose normativity is not restricted to the domestic sphere of the states, recognizing a supranational dimension to these rights.

It is a movement for the internationalization of human rights, which will become a paradigm and guide the contemporary international system to the detriment of the classic paradigm of the nation state, giving rise to the review of the traditional concept of state-centred sovereignty and of the individual as a holder of rights at the international level.

The essential content of the new constitutionalism is identified here as a logical consequence of the relations between the constitutional text and the economic and social aspects, also announcing a new state model that, at the external level of relations between states, modifies the traditional concept of sovereignty, as a consequence of the validation of supranational institutions.

It is still worth noting, however, that for some, sovereign power is a characteristic element of the state, without which it would be necessary to form a new model of political organization with its own definition appropriate to the new way of structuring political and juridical society³⁵.

The perspective presented in this article, therefore, results in a kind of state reconfiguration and realignment of the classical theory of constitutional law, in a search for the underlying possibilities of a constitutional discourse that adapts to the new contemporary scenario, but without, however, without rejecting the gains made by modernity, particularly as regards the protection and development of human rights.

2. Conclusions

As we move toward the concluding remarks of this article, the initial observations made point to the essential role the unifying function of comparative public law plays in developing a universalist theory of constitutional law.

34 cf. op. ult. cit. GRIMM, D. (2016). *Constitutionalism: Past, Present, and Future*. Oxford: Oxford University Press and KUMAR, C. & CHOCKALINGAM, D. (2007). *Human Rights, Justice and Constitutional Empowerment*. Oxford: Oxford University Press.

35 cf. op. ult. cit. CANOTILHO, G. (2018). *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7th ed. Coimbra: Almedina.

The unifying function is identified as having the basic purpose of comparative public law serving as a means of having universal legal principles comply with the legal system.

In this regard, and according to the universalist thesis of comparative public law, the main purpose of comparing rights would be to serve as the instrument par excellence to identify and declare the general principles of law recognized by civilized nations, that is, to give definition to the ideal law as discussed by some authors who writing of constructing a common international law or, at last, establishing the general principles of law that are particular to the circle of civilization itself.

This conception of comparative public law, however, was gradually being abandoned, particularly with the advent of legal positivism which did much to shake its theoretical foundations.

In addition to legal positivism, several other factors contributed to the weakening of the universalist theory, among which were the serious incompatibilities between the legal institutes adopted in each country, the diversity of techniques used in the different legal systems, and the virtual impracticability of standardising the law given the cultural differences between nations.

At this point, it is worth recalling the ambiguity identified in the comparative public law of the purpose of finding common elements in the existing legal systems in countries in modern civilization, recognizing the existence of a progressive tendency to standardise the normative content of different legal systems, without prejudice to regional differences implicit in positivist law.

Neo-constitutionalism has brought a new paradigm for public law and for constitutional theory; an ethical concept of the legal system centred on human rights, and it is from this concept that one must consider the role of constitutional justice.

Thus, comparative constitutional justice has as its specific function the safeguarding and development of the fundamental rights and freedoms of citizens; it can and should implement the values objectified in the constitution, and, in fulfilling this role, it also has the specific function of developing of human rights and updating the current interpretation of the constitutional text, a function that can be qualified as a constitutional because it creates constitutional linkages without necessitating the formal process of altering the constitutional text.

This function, however, does not translate into legally unlimited power, since the constitutional court, in the exercising of its constitutional function, will always be subject to limits of form and substance, that is, it is bound by both form and content.

These formal limitations are directly related to the constitutional principle of legality, both in its substantive and procedural sense.

Consequently, the material limitations on the constitutional function refer to the idea of dominant law adopted by the constitution, or, in other words, the political choices of the constitution that must be respected by the constitutional courts and, in this sense, intrinsically respect the historical and cultural origin of a people.

In this specific context, the exercising of the constitutional function of the constitutional court can be compared with the norms of protection of human rights of other legal systems and also with the international principles of protection of human rights.

In the former, the importance of the use of comparative constitutional law as an instrument of objectification of the legal parameters used by the constitutional court, and in the latter, the interference of the constitutional function with international human rights law is considered.

Given that constitutional courts have the constitutional function of updating the interpretation of the constitution and developing human rights, we can understand the motivation for decisions on constitutional matters, especially on human rights, not being limited to the criteria specific to the domestic legal system.

In this specific context, decisions of the constitutional court must take into account constitutional interculturality and universal human rights, since they are legitimized in principles inherent in a constitutionalism that transcends the borders of the country itself.

Thus, we can conclude that the creative act of constitutional justice in guaranteeing and enforcing human rights is the expression of a common constitutionalism implicit in the movement of today's societies which transcends state boundaries, representing an undisputable tool for the consolidation of a new global constitutionalism based on understanding, at least at the level of principles between peoples.

Bibliography

ALBERT, R., CONTIADES, X. & FOTIADOU, A. (2017). "The Foundations and Traditions of Constitutional Amendment". *Hart Studies in Comparative Public Law*. n.º 17. Oxford: Hart Publishing.

BARSOTTI, V. et. al. (2017). *Italian Constitutional Justice in Global Context*. Oxford: Oxford University Press.

BONFANTI, A. (2018). *Business and Human Rights in Europe: International Law Challenges (Transnational Law and Governance)*. London: Routledge.

BREYER, S. (2016). *The Court and the World: American Law and the New Global Realities*. Washington: Vintage

CANOTILHO, G. (2018). *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7th ed. Coimbra: Almedina.

CORREIA, F. (2016). *Justiça Constitucional*. Coimbra: Almedina.

CUNHA, P. (2018). *Filosofia do Direito - Fundamentos, Metodologia e Teoria Geral do Direito*. Coimbra: Almedina.

GÁRDOS-OROSZ, Z. (2018). *New Challenges to Constitutional Adjudication in Europe: A Comparative Perspective (Comparative Constitutional Change)*. London: Routledge.

GRIMM, D. (2016). *Constitutionalism: Past, Present, and Future*. Oxford: Oxford University Press.

KUMAR, C. & CHOCKALINGAM, D. (2007). *Human Rights, Justice and Constitutional*

Empowerment. Oxford: Oxford University Press.

LANGFORD, P., BRYAN, I & MCGARRY, J. (2017). Kelsenian Legal Science and the Nature of Law. Berlim: Springer.

MARTÍNES, P. (2012). Filosofia do Direito. Coimbra: Almedina.

MORAIS, C. (2006). Justiça Constitucional - Garantia da Constituição e Controlo da Constitucionalidade. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora.

NOVAIS, J. & FREITAS, T. (2018). A Dignidade da Pessoa Humana na Justiça Constitucional. Coimbra: Almedina.

PETERS, C. (2014). Precedent in the United States Supreme Court (Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice). Berlim: Springer.

PILAU, N. (2003). Teoria Constitucional Moderno-Contemporânea e a Positivação dos Direitos Humanos nas Constituições Brasileiras. Brasília: UPF

PALACIOS, P. (2015). La tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. 1981-2014. Madrid: Cultiva Libros

PORRUA, M. (2011). Tendencias recientes de la justicia constitucional en el mundo / Recent trends in constitutional justice in the world: Ensayos Escogidos / Selected Essays. Madrid: Arzate

QUEIRÓS, C. (2018). Novos Estudos de Direito Público Comparado, Filosofia do Direito e Relações Internacionais. Tomo I. Lisbon: Petrony Editora,

SEGADO, F. (2009). La justicia constitucional: Una vision de derecho comparado. Madrid: Dykinson.

SOMEK, A. (2016). The Cosmopolitan Constitution. Oxford: Oxford University Press

TERRILL, R. (2012). World Criminal Justice Systems: A Comparative Survey. 8th. Ed. London: Anderson

YOWELL, P. (2018). Constitutional Rights and Constitutional Design: Moral and Empirical Reasoning in Judicial Review. Oxford: Hart Publishing

Digital Inheritance: Key Issues and Doubts.

The Challenges of Succession Law in the Face of New Technologies

Mariusz Załucki¹

Summary: 1. Introductory remarks, 2. Traditional understanding of inheritance, 3. Digital content and inheritance, 4. Key legal issues and qualification attempts, 5. Selected solutions in selected countries, 6. Instead of conclusions, 7. Bibliography

Abstract: Today's accumulation of assets is increasingly digital: written letters turn into text messages, e-mails, and e-cards; physical photo-albums are replaced by Instagram albums or stored on cloud-services such as iCloud, Dropbox, and Google Photos; music library is only a click away, rather than stored in CD-collections, or bookcases. A large number of assets, due to the development of technology, is now in a digital form. We all live in a world where a large part of our life is done digitally and every household has a computer. These circumstances force us to think about individual digital assets, not only in the context of legal actions done *inter vivos*, but also done *mortis causa*. While trading of these goods during the lifetime of the person entitled does not create major problems, these problems arise with the death of the person entitled. Against this background, there are at least a few important issues that need to be addressed. What happens to these digital assets upon our death? Are classical constructions of succession law sufficient? Do new technologies force changes in the law of succession? These issues, *inter alia*, will be addressed by the author of this statement. The author will also consider, among other things, the possible paths of development of the law in this area and will consider whether transformations of the law of succession are likely to be carried out within the framework of uniform assumptions in individual countries. According to the author, it seems intuitively obvious that digital inheritance is an equivalent category all over the world, and the perspective on it should be the same in Europe, the Americas and everywhere else.

Keywords: digital assets, digital inheritance, succession, new technologies

¹ Mariusz Załucki is a Full Professor of Law and the Head of the Institute of Private Law at AFM Krakow University (Poland), mzalucki@afm.edu.pl, ORCID: 0000-0002-3338-3832. The article is part of a research project funded by the National Science Centre (Poland), agreement No. UMO-2018/31/B/HS5/01061.

1. Introductory remarks

We all live in a world where a large part of our life is done digitally and every household has a computer. Today's accumulation of assets is increasingly digital: written letters turn into text messages or e-mails, physical photo-albums are replaced by Instagram albums or stored on cloud-services such as iCloud or Dropbox, music library is only a click away, rather than stored in CD-collections.² A large number of assets, due to the development of technology, is now in a digital form. Technology in that regard gives us many opportunities, which are more and more boldly used by the society. On many occasions, the virtual world is the only carrier of the contents we create, which refers particularly to e-mail correspondence, photos, or extremely popular posts on social networking sites or blogs.³ During the life of the person entitled this person usually shall have and has control over these goods and it does not create major problems. However, these problems arise with the death of the person entitled.⁴ It is not known, indeed, and surely the law does not have a clear structure in that regard, whether in such case the mortis causa legal succession may be discussed, and who or possibly on what basis may have access to such content, such as not only to possess the virtual assets but also to be the beneficiary of the services such provided. Different legislators have different ideas and provide different solutions.⁵ These solutions are not uniform, what causes another important doubts. Since the digital assets and its nature are not uniform, it seems that this area is one of the new challenges of succession law in the face of new technologies. This is why it is important to consider what solutions in this regard are provided for in different legislations and indicate whether it is possible to think about the category of digital inheritance in a uniform way, or whether its approach depends on the tradition and conditions of succession law in a given country.

2. Traditional understanding of inheritance

Inheritance or succession (both words are used in English) is presented in the doctrine as entering by an heir (or several heirs) in the legal situation of the decedent, being the result of an individual's death, and it consists, particularly, in acquisition of property rights and obligations whose subject was the decedent.⁶ In other words, inheritance is a transfer of rights and obligations of the deceased to one or more persons (heirs).⁷ By inheritance, the heir acquires all the rights and obligations related

2 BERLEE, Anna, Digital Inheritance in the Netherlands, *Journal of European Consumer and Market Law*, v. 182, n. 6, p. 256–260, 2017, p. 256.

3 ZAŁUCKI, Mariusz, Digital content left on-line after death of a user. On the research that needs to be conducted, *Legal and Administrative Studies*, v. 19, n. 1, p. 53–66, 2020.

4 BANTA, Natalie M., Electronic Wills and Digital Assets: Reassessing Formality in the Digital Age, *Baylor Law Review*, v. 71, n. 3, p. 547–603, 2020.

5 Cf., e.g.: OTERO CRESPO, Marta, La Sucesión En Los «Bienes Digitales». La Respuesta Plurilegislativa Española, *Revista de Derecho Civil*, v. 6, n. 4, p. 89–133, 2019; MADEL, Mateusz, *Następstwo prawne treści cyfrowych na wypadek śmierci*, Kraków: Krakowska Akademia, 2017.

6 Cf. ECCHER, Bernhard, *Bürgerliches Recht. Band VI. Erbrecht*, Wien-New York: Springer, 2010, p. 1 ff.

7 ESQUIVEL, Marco Echeverría; ACUNA, Mario Echeverría, *Derecho sucesoral*, Cartagena: Universidad Libre, 2011, p. 10 ff.

to the inheritance estate, becoming in this way the general successor of the decedent.⁸ At the same time inherited are only the rights and obligations arising from the private law relations, and thus having the character described by the private law. The grounds for inheritance (or more precisely – entitlement to inherit) are usually the last will of a testator, or the applicable laws. Therefore, the testamentary inheritance and intestate succession are essentially distinguished. The intestate succession occurs usually when a person died intestate (left no valid will) or no person appointed in a will can or wants to inherit.⁹

The composition of an inheritance is generally defined by the law as all the proprietary nature rights and obligations of the deceased. Thus, the inheritance consists only of economic value rights of private law nature, as well as obligations of this kind. In this respect, there is generally no doubt that property and rights of this nature pass to the legal successors of the deceased, nor is there any doubt that the economic value debts of the deceased are subject to succession. This traditional approach is applied in various succession laws, including for example Spanish, German, Brazilian, or Polish law.¹⁰

Sometimes there are proprietary nature rights and obligations which are, however, closely connected with the deceased. Then the rule is that they expire upon the death of their subject. An element of private law relations of this kind is, for example, the obligation of alimony which serves to satisfy the needs of a specific person, as well as has as its object the obligation to be borne exclusively by a specific person. Such rights and obligations are not part of the inheritance.¹¹

There are also such obligations that, although they did not burden the deceased person, by the will of the legislator they were included in the debts of the inheritance. Such a solution is in force e.g. in Polish law where the costs of the deceased's funeral are included in the inheritance debts to the extent to which the funeral corresponds to the customs adopted in a given community (Article 922 § 3 of the Civil Code).¹²

It is also possible to speak about such private law proprietary nature rights and obligations that upon the death of their subject pass to other designated persons, regardless of whether they are heirs of the deceased. An example of such a solution is e.g. a vindictory legacy (*legatum per vindicationem*) known in some legal systems (e.g. Article 882 of the Spanish Civil Code). The object of the bequest is not part of the estate, but upon the death of the testator it passes immediately to the legatee.¹³

It should be added that the issue of succession property passing to other persons (heirs) is also the subject of inconsistent regulations. It is necessary to mention here three concepts of the inheritance estate transfer to the legal successors of the

8 WÓJCIK, Sylwester; ZAŁUCKI, Mariusz, *Podstawy prawa cywilnego. Prawo spadkowe*, Warszawa: Wolters Kluwer, 2015, p. 21 ff.

9 Cf. ZAŁUCKI, Mariusz, *Uniform European Inheritance Law. Myth, Dream or Reality of the Future*, Kraków: AFM Publishing House, 2015, p. 39 ff.

10 Ibid., p. 46 ff.

11 LANGE, Knut Werner, *Erbrecht*, München: C. H. Beck, 2017, p. 10 ff.

12 PIĄTOWSKI, Józef Stanisław; KORDASIEWICZ, Bogudar, *Prawo spadkowe. Zarys wykładu*, Warszawa: Lexis Nexis, 2011, p. 33 ff.

13 KURYŁOWICZ, Marek, *Legatum per vindicationem. Z historii zapisu windykacyjnego*, in: JACYSZYŃ, J. et al (Orgs.), *Rozprawy z prawa prywatnego. Księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi Aleksandrowi Oleszce.*, [s.l.]: Stowarzyszenie Notariuszy RP, 2012.

deceased: 1) the concept of *le mort le vif saisit*, 2) the concept of *hereditas iacens*, and 3) the concept of the inheritance estate administration. *Le mort le vif saisit* is a French phrase meaning, “the dead seizes the living”. According to this doctrine, the heir is considered as having succeeded to the deceased from the instant of his death. *Hereditas iacens* is a Latin phrase meaning “lying inheritance” or “recumbent inheritance”, which is an inheritance in abeyance (not taken), despite the appointment of heirs. In turn, the inheritance administration system is the system where the inheritance administrator plays a leading role, and the inheritance estate is transferred to him from the moment of its opening.¹⁴

Therefore, as a rule, an inheritance will include such a good that has a private legal character, is an economic value good, is not strictly connected with the person of the deceased and does not pass to other persons according to special regulations (after the death of the person entitled to the good). The above are also theoretical possibilities in which some also see a mechanism for the legal qualification of the digital content left by a deceased person. Without prejudging the legitimacy of individual subjects here, it is first necessary to look at the concept of digital content as an asset, to consider the legal nature of this type of good, which will then make it possible to attempt its legal qualification in the context of inheritance.

3. Digital content and inheritance

Text messages, e-mails, e-cards, Instagram albums, content stored on cloud-services, Apple Music, Spotify, Facebook, YouTube channels, books in on-line depositories – this is our everyday life.¹⁵ The notion of digital assets is a relatively new phenomenon globally, and therefore it is lacking a proper legal definition. In this respect, the current state of the law on inheritance can be assessed as crawling.¹⁶ Individual legislators have not yet decided whether any legislative intervention is necessary in this respect, or whether the existing regulations should prove sufficient. Different solutions can be found in the world in this respect.¹⁷ There is no uniform way to solve this problem.

This is due, one would think, to the underdefinition of the problem and the lack of indication of what these digital assets actually are. As indicated in the doctrine, so far there have been a fair few attempts to define and classify digital assets.¹⁸ Most of the definitions are, however, inductive and attempt to theorise starting from the existing assets online, trying to make appropriate generalisations and classifications. Usually digital assets are defined as any intangible asset of personal or economic value, created, purchased or stored online.¹⁹ This shows the legal nature of digital assets,

14 ZAŁUCKI, Uniform European Inheritance Law. Myth, Dream or Reality of the Future, p. 129 ff.

15 MAGNANI, Angelo, *L'eredità digitale*, Notariato, v. 5, p. 2018, 2014.

16 MORGAN, Russel, Understanding Digital Assets And Their Importance In Your Estate Planning, Forbes, disponível em: <<https://www.forbes.com/sites/forbesbusinesscouncil/2020/06/08/understanding-digital-assets-and-their-importance-in-your-estate-planning/#2220e2f8342f>>, acesso em: 4 jan. 2020.

17 HARBINJA, Edina, *Legal Aspects of Transmission of Digital Assets on Death*, Glasgow: University of Strathclyde, 2017, p. 10 ff.

18 Cf. SISTO, Davide, *Morte e immortalità digitale : la vita dei dati online e l'interazione postuma*, Funes. Journal of narratives and social sciences, v. 2, p. 111–122, 2018.

19 HARBINJA, *Legal Aspects of Transmission of Digital Assets on Death*, p. 18 ff.

however when analysing the scope of these assets, there are also views that they could fall not only within existing institutions of property, but also within rights under contract, intellectual property, personality rights, or personal data.²⁰ The individual digital contents (assets) are therefore diverse. It is impossible to speak about their uniform character.

Similarly, it is impossible to speak about a uniform practice of Internet service providers.²¹ Some of them provide solutions connected with an access to an account of a given person by other persons, some of them explicitly forbid it. There are also solutions providing for termination of the account in the case of inactivity of the user for a certain period of time, as well as the possibility of transforming the account into a kind of a memorial plaque of the previous account user. The approach to digital assets is therefore also inconsistent in practice.²² It should be noted that, in general, the existence of digital assets is associated with the existence of virtual accounts created by the user in various online services, offered by providers of various online services. Taking this characteristic of digital assets into account, there seems to be much to suggest that these assets should be treated differently from other economic value assets in the context of succession law.

4. Key legal issues and qualification attempts

Against the backdrop of digital assets, there are several key legal issues. The first one in this area relates to whether the digital content and the account that allows them to be stored is the user's property or not.²³ As it is indicated in the doctrine, users might refer to owning their Instagram account, emails, Spotify library, YouTube channel, etc. However, as it is often highlighted, ownership in all of these cases is far from what users might expect it to be.²⁴ In the case of such assets, it is difficult to speak of ownership rights, as is the case with movable or immovable property. As it is sometimes stated, user accounts are created through contracts between service providers and users, and – as can it be assessed – the account itself, and so the underlying software is the intellectual property of the service provider.²⁵ This, in turn, certainly adds further uncertainty, because although the provisions of the contract may not be contrary to law and may not, for example, exclude inheritance, it is not clear whether the assets subject to the contract actually fall within the catalog of rights that are proprietary in nature. Digital objects do not fit squarely within traditional legal concepts of property and ownership. Certainly, digital assets are similar to property rights, but are they really property rights? This is one of the issues that need a debate.

²⁰ Ibid.

²¹ Cf. SEIN, Karin, Digital Inheritance : Heirs ' Right to Claim Access to Online Accounts under Estonian Law, *Juridica International*, n. 27, p. 117–128, 2018.

²² Cf. MENTREK, Joseph, Estate Planning in a Digital World, *Ohio Probate Law Journal*, n. 19, p. 195, 2009.

²³ Cf. BRECKZO, Anetta; ANDRUSZKIEWICZ, Marta, Prawo spadkowe w obliczu postępu technologicznego (nowe wyzwania w XXI wieku), *Białostockie Studia Prawnicze*, v. 22, n. 4, p. 27–46, 2017, p. 39 ff.

²⁴ HARBINJA, Edina, Digital inheritance and post-mortem privacy in Europe, disponível em: <<https://www.dataguidance.com/opinion/international-digital-inheritance-and-post-mortem>>, acesso em: 26 jan. 2021.

²⁵ Cf. BERTI, Ricardo; ZANETTI, Simone, La trasmissione mortis causa del patrimonio e dell'identità digitale: strumenti giuridici, operativi e prospettive de iure condendo, *Law and Media Working Paper Series*, n. 18, p. 1–25, 2016.

It is also pointed out that “the most obvious route for assigning property-like rights to an intangible object such as a tweet, an email, a Facebook post or an Instagram photo, is via copyright”.²⁶ Undoubtedly, this is one way, as pointed out, among others, in the doctrine. It can be argued that “the law of copyright covers most digital assets that are in effect textual works and audio-visual works”.²⁷ Indeed, in many cases we are dealing with a product of the human mind, of an individual nature, which we would say is the subject of copyright. Thus, if one were to consider digital assets to be copyrightable subject matter,²⁸ one would have to consider them to be an inherited asset in this case. But whether this is the case, and whether it should be so, is a matter for another debate.

The doctrine also emphasizes the importance of contractual provisions related to users’ contracts with their Internet service providers. As it is stated, every service provider that stores or enables digital assets, such as Facebook or Google, regulates access to and ownership of user-created digital assets on its platforms according to its own terms of service or contract with users.²⁹ Most of the big digital providers are very clear on the subject of ownership - it doesn’t belong to the user. Purchasing electronic media doesn’t give the same rights as buying the equivalent books, DVDs and CDs. Usually the user is buying a lifetime licence to use these digital files rather than a hard, tangible asset. However, there have been reports of people challenging these terms and conditions.³⁰ The results of these proceedings are varied. This also points to the need to look at digital assets rather differently from traditional inherited wealth.

In this regard, noteworthy in this case is the decision of a German court from a few years ago (judgment of the Landgericht Berlin of 17.12.2015 in the case against Facebook Ireland Limited), where the question of inheritance of a Facebook profile was decided precisely - against the background of German law.³¹ In the facts of the case, the plaintiff, who was the mother of the deceased, who died at the age of 15, and who is one of her heirs, claimed, inter alia, that the heirs shall be given access to the full user account and the content therein belonging to her deceased daughter. The deceased registered with the defendant’s service at the age of 14 and maintained a corresponding profile until her death. Less than two years after setting up her account, the deceased had a fatal accident in unexplained circumstances. By logging on to her daughter’s profile, the claimant hoped to obtain any clues as to her daughter’s motives or intentions through the Facebook account, including, for example, that

26 HARBINJA, Digital inheritance and post-mortem privacy in Europe.

27 Ibid.

28 Cf. BEYER, Gerry W, Estate Planning for Digital Assets, Estate Planning Studies, n. 1, p. 1–8, 2015.

29 HARBINJA, Digital inheritance and post-mortem privacy in Europe.

30 Digital property: can you bequeath your iTunes library?, disponível em: <<https://www.theweek.co.uk/57155/digital-property-can-you-bequeath-your-itunes-library>>, acesso em: 24 jan. 2021.”1”,”24”]],”id”.”ITEM-1”,”issued”:{,”date-parts”:[,”2014”]],”title”.”Digital property: can you bequeath your iTunes library?”.”type”.”webpage”,”uris”:[,”http://www.mendeley.com/documents/?uuid=fc8e5ce8-bfb5-4b83-8d54-e11390c9c48f”]],”mendeley”:{,”formattedCitation”.”Digital property: can you bequeath your iTunes library?,”disponível em: <<https://www.theweek.co.uk/57155/digital-property-can-you-bequeath-your-itunes-library>>, acesso em: 24 jan. 2021.”,”plainTextFormattedCitation”.”Digital property: can you bequeath your iTunes library?”, disponível em: , acesso em: 24 jan. 2021.”,”previouslyFormattedCitation”.”Digital property: can you bequeath your iTunes library?,”disponível em: <<https://www.theweek.co.uk/57155/digital-property-can-you-bequeath-your-itunes-library>>, acesso em: 24 jan. 2021.”,”properties”:{,”noteIndex”:30,”schema”.”https://github.com/citation-style-language/schema/raw/master/csl-citation.json”}

31 LG Berlin, 17.12.2015, 20 O 172/15.

the deceased's death was a suicide. However, she was not able to do so, as the daughter's account, to which the claimant had a login and password provided by her daughter, was converted into In memoriam status after her death at the request of a third party who was not an heir. As a consequence of account transformation, the testator's friends had access to the account with In memoriam status and could post there entries, whereas the heir who was not among the daughter's Facebook friends did not have such access. When the claimant entered the correct password in order to log in to the deceased daughter's profile, the following sentence appeared: "this account has In memoriam status", and when she entered an incorrect password a message appeared: "the password you entered is incorrect".

The defendant in the Facebook case was of the opinion that the heirs could not inherit the Facebook profile, primarily raising arguments related to the application of regulations on protection of personal rights, personal data and secrecy of correspondence, indicating that not only the rights of the deceased, but also her communication partners were protected in this way.

After the proceedings, the court ordered that the heirs be given access to the deceased's entire account and the communication content stored there. After determining that German law would apply in the case (which was disputed by the defendant), it pointed out that under Section 1922 of the German Civil Code, the deceased's Facebook profile passed to her heirs by universal succession. In giving reasons for this decision, the court cited several arguments. First of all, according to the court, the contract concluded by the testator with the service provider is a legal obligation relationship having features of a lease, contract for specific work and a labour contract, which according to German law may be inherited. In analysing the existing legal relationship the court emphasized that the fact that no monetary consideration is received from such a "user" does not preclude the hereditary nature of the existing legal relationship, and thus the rights and obligations arising from the contract between the parties, including the right of access to the account, may in principle pass by way of universal succession. In the court's view, the principle of universal succession also applies to personal digital data of the testator's estate, and such is the nature of the Facebook profile. The court pointed out that the inheritance in this part has a digital character, which only *prima facie* distinguishes it from a traditional inheritance. In the court's opinion it is impossible to treat differently a digital and an "analogue" inheritance. Such an approach would lead to acceptance of a state of affairs whereby letters and diaries, regardless of their content, would be inherited, while e-mails and private messages on Facebook would not. In the court's view, under the agreement with the respondent, the deceased had the right to access Facebook's servers, and this right, together with the contractual relationship, was transferred to the testator's heirs. According to the court, it is this contractual relationship that is an estate within the meaning of §1922 of the German Civil Code.

Analysing further the content of the legal relationship existing between the deceased and the defendant, the court emphasized that the succession in the present case cannot be excluded because of the special connection of the concluded contract with the person of the deceased. Admittedly, the heredity of a contractual relationship

may, in accordance with Section 399 of the German Civil Code, be excluded if its content is adapted to the person entitled or obliged to such an extent that, in the event of a change in the obliged party, the benefit will be changed in its essence. This is because the nature of the obligation may result in a protectable interest for the debtor to provide performance only to a specific person. The court pointed out that although Facebook's terms of use provide that a user's profile is strongly linked to a person, in the court's opinion there is no need to protect the defendant in this case, as an agreement of this kind is concluded *en masse*, without any detailed verification of a specific user, and the user's identity is verified in day-to-day operations only in exceptional cases. Therefore, in the court's opinion, the users do not take advantage of the defendant's personal trust in any way. For this reason, according to the court, the defendant, denying access to the account, cannot invoke the fact that the analogue world knows the regulations aimed at preserving secrecy in relation to heirs (the court cited regulations concerning access to medical records, professional or archival secrecy). In the above-mentioned paragraphs of Facebook's Terms of Use, there is no contractually agreed lack of inheritance of the user's account. The purpose of these regulations is to guarantee the interests of the defendant by the security of each user's account, as well as the security of the social network. The user should not pass on his password or give access to it to third parties in order not to jeopardize the security of the account. Defendant, according to the Facebook Terms of Use, is thus not concerned with regulating the inheritance of an account, but with guaranteeing its security. This, according to the court, is not at risk if the account is made available to an heir in order to settle an inheritance.

As an obstacle to succession in this case, the court also considered the regulations concerning protection of testator's posthumous personality arising from article 1 paragraph 1 of German Basic Law, regulations concerning protection of telecommunication secret, especially § 88 paragraph 3 of Telekommunikationsgesetz in connection with article 10 paragraph 1 of German Basic Law, and regulations concerning protection of personal data. In doing so, it was convinced that these provisions did not preclude succession in the present case. It also wondered whether the defendant's "in memoriam" status directive, which was in effect at the time, precluded the heirs' claim. It came to the conclusion in this regard that as a result of inheritance, the heirs accede to the contract on the same terms as had been concluded with the testator, thus taking into account the terms of use stipulated by the defendant, but the directive of "In memoriam" status has legal effect. It also pointed out that in the case of contractual relationships with international Internet providers, their general terms and conditions are always subject to content control pursuant to § 305 et seq. of the German Civil Code. The provision in the Facebook Terms of Use stipulating that any person on the Facebook friends list can have his or her account transferred to "in memoriam" status, with the consequence that the heirs cannot log on with the valid access data, is an unfair disadvantage for the user and his or her heirs pursuant to Section 307(1) and (2)(1) of the German Civil Code. Under these circumstances, the court upheld the claims of the heirs and ordered that access to the deceased's account be allowed in the state prior to the transformation of its status.

However, on appeal, the Kammergericht Berlin as a court of second instance rejected the claim of the plaintiff and supported Facebook's position, stating that privacy in telecommunications is guaranteed by the German Basic Law for both the daughter and the people she contacted.³²

This ruling subsequently also was changed and on July 12, 2018 the German Federal Court of Justice (Bundesgerichtshof) ruled that a Facebook user account passes to the user's heirs. This results from the general inheritance law provisions of the German Civil Code (Bürgerliches Gesetzbuch – "BGB"), pursuant to which the user's contract with Facebook is transferred by law to the user's heirs, in particular the fundamental German civil law principle of "universal succession" under Section 1922(1) of the BGB. In practice, this means that the situation is similar to the one regarding diaries or private letters, the rights to which pass to heirs under Section 1922(1) of the BGB. In justifying the ruling, the court has emphasized that and highlighted as far as letters and diaries are passed on to heirs, there is no reason to treat digital content differently.³³

This is certainly a matter that will have further implications, both in the adaptation of individual legal systems to the problems and challenges of digital assets, and in the policies of Internet service providers.³⁴ However, should such access to the account exist and be unlimited, or should the testator have some influence on the fate of his account and the content therein? This is, as some may think, another field for further discussion.³⁵ Even as the service providers put some solutions in place for this, there will still be concerns. The main problem with such tools may be that their provisions might clash with a will (possibly made later in life), or the rules of intestate succession. This is another issue that needs discussion.

However, given the foregoing, particularly Facebook's reasoning in the cited case, it seems that a separate issue surrounding digital legacy is also the post-mortem privacy³⁶, i.e. the protection of the deceased's personal data. In this regard, it can be briefly explained that generally legal systems globally do not protect post-mortem privacy. Such an approach is evident, among other things, from the content of Article 8 of the European Convention on Human Rights or the General Data Protection Regulation (Regulation (EU) 2016/679) ('GDPR'). These acts protect only the personal data of the living persons. Should it remain so? This is certainly one of the issues that also arguably supports the need for a different approach to the succession of digital assets in relation to traditional assets.

Another issue raised in the discussion is a secrecy of a correspondence.³⁷ It is reported that a number of data existing in digital form are data closely linked to the deceased, including, for example, private correspondence or anonymous posts

32 KG Berlin, 31.05.2017, 21 U 9/16.

33 BGH, 12.07.2018, III ZR 183/17, <https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=86602&pos=0&anz=1>

34 Cf. JANSSEN, Andre, Das digitale Erbe eines Menschen, *European Review of Private Law*, n. 4, p. 697–699, 2017.

35 EDWARDS, Lilian; HARBINJA, Edina, 'What Happens to My Facebook Profile When I Die?' : Legal Issues Around Transmission of Digital Assets on Death, *CREATE Working Paper*, v. 5, n. 5, p. 2, 2013.

36 Cf. BANTA, Natalie M., Death and Privacy in the Digital Age, *North Carolina Law Review*, v. 94, p. 927, 2016.

37 Cf. DARROW, Jonathan J; FERRERA, Gerald R, Who owns a decedent's e-mails: inheritable probate assets or property of the network?, *Legislation and Public Policy*, v. 10, p. 281–320, 2005.

on various social networks. As one may think, this is another issue to be taken into account when analysing the issue of succession of digital assets. Probably this is not the last issue that shall be considered.

5. Selected solutions in selected countries

The issue of digital content inheritance seems to be growing in importance. More and more people decide to use various online services, more and more people create accounts and use them to process various digital contents. These issues go beyond the framework of classical civil law constructions and therefore not all legal tools existing in the legal system so far are suitable to be applied to such content. Undoubtedly, these issues will be the subject of many disputes that will soon arise in practice and undoubtedly - against the background of our legal system - inheritance of digital content requires further examination. After acceptance of the view about admissibility of legal succession *mortis causa* with regard to this kind of property in principle, it seems necessary first to determine whether negative prerequisites of succession are not fulfilled, especially because in particular case it may turn out that unconditional transfer of digital content *mortis causa* could be harmful from the point of view of testator's interest. Only a study of possible limitations on the inheritance of digital content, including the influence of the will of the person entitled to such content on its fate *mortis causa*, will make it possible to answer other questions that may arise in this matter, including those concerning the possible need to make any legislative changes in this regard.

Looking at some of the solutions that are emerging in some countries around the world, it is important to mention that in Germany, for example, a country where practical problems with this type of property have already arisen, no legislative changes have yet taken place. Despite the ongoing debate, it is generally accepted that digital assets can be inherited on the same terms as traditional, "analogue" assets. The issue of personal data or secrecy of correspondence, which have been raised as arguments in the discussion about the need for changes in the law, have so far not been convincing in favour of a different solution. German law treats digital assets as normal assets to which the general rules apply.³⁸

A different approach takes place, for example, in France. A law was passed there³⁹, according to which anyone can set general or specific directives for preservation, deletion, and disclosure of their personal data after death (art. 63 section 2 of the Act on the Digital Republic). As the doctrine indicates, these directives would be registered with a certified third party or with the service provider who holds the data.⁴⁰ The directives allow the access to the data of a deceased person stored in a digital world. When the deceased has not left any instructions, heirs can make a claim regarding the data to liquidate the estate or to take the death into account, for instance by updating

38 MACKENRODT, Mark-Oliver, Digital Inheritance in Germany, *Journal of European Consumer and Market Law*, n. 1. p. 41–47. 2018.

39 LOI n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique.

40 HARBINJA, Digital inheritance and post-mortem privacy in Europe.

a profile or closing an account.⁴¹ This solution is therefore essentially based on the will of the deceased person. It differs from the non-German solution, which in this respect refers only to general principles (which, however, does not certainly exclude the influence of the deceased's will on the fate of this assets).⁴²

Problems related to inheritance of digital content have also appeared in other legal systems. An interesting approach can be observed in the United States of America, where in many states separate legal acts concerning the legal succession of digital content have been adopted.⁴³ The idea behind the solutions adopted in these regulations is to grant a specific person (usually the administrator of the estate) the authority to take control of the deceased's virtual account, including deciding whether to keep such account functioning, accessing the content therein, or deciding whether to remove the account from the virtual world.⁴⁴ Due to certain discrepancies in these acts and a significant scale of the problem, the Uniform Law Commission, an organization specializing in the preparation of model legal acts, in 2014 prepared a proposal for a model Fiduciary Access to Digital Assets Act, and its revised version in 2015.⁴⁵ Its task is precisely to unify the rules of legal succession to digital content mortis causa in the United States of America. This act governs the rules of access to digital content of the deceased gathered in the virtual world, containing, among others, provisions concerning the influence of the will of a user of a virtual account on its disposal mortis causa, regulations concerning access to the account and content gathered therein by other persons, including proceedings aimed at removing the account from the virtual world.⁴⁶ Thus, also in the American legal system the inheritance of digital content left by the user in the virtual world is accepted. The legislation there, however, provides certain specific solutions that are to facilitate the solution of dilemmas arising in practice.

One of the most recent legislative developments in this area is a bill from the U.S. state of Massachusetts, filed January 19, 2021 (An Act for uniform fiduciary access to digital assets).⁴⁷ The bill contains definitions of such elements as account or digital asset and applies to electronic records in which an individual has a right or interest. The idea of this act is based on a concept of a fiduciary, a person appointed to manage the digital assets, that is allowed to access certain types of digital assets (computer files, web domains, virtual currency), while being restricted to access other digital property, as e-mails, text messages or social media accounts unless the original user consented to fiduciary access in a will or in any other way. The proposed concept is a result of the uniformity of the American approach to this problem, as it has been

41 Cf. ROPENGA, Philippe, Digital Assets in French Successions, *Alacriter - blog - Insights into contracts, international law, trusts and estates*, n. 26.02.2020, p. 1–6, 2020.

42 MACKENRODT, Digital Inheritance in Germany.

43 HOPKINS, Jamie Patrick; LIPIN, Ilya Alexander, Viable Solutions to the Digital Estate Planning Dilemma, *Iowa Law Review Bulletin*, v. 99, p. 61–71, 2014.

44 TOYGAR, Alp; ROHM JR, C E Tapie; ZHU, Jake, A New Asset Type: Digital Assets, *Journal of International Technology and Information Management*, v. 22, n. 4, p. 113–119, 2013.

45 SY, Elizabeth, The Revised Uniform Fiduciary Access To Digital Assets Act: Has the Law Caught Up With Technology?, *Touro Law Review*, v. 32, n. 3, p. 647–677, 2016.

46 WALKER, Michael D, The New Uniform Digital Assets Law: Estate Planning and Administration in the Information Age, *Real Property, Trust and Estate Law Journal*, v. 52, p. 51–78, 2017.

47 House Docket No. 289.

adopted, on the basis of the Fiduciary Access to Digital Assets Act, in almost all the states there.

It seems like the above mentioned are some possible paths of development of the law in this area. However, this does not mean that these are the only possible paths. Each of these solutions has its advantages and disadvantages. Certainly, the issue of the influence of the will of the user of digital assets on the fate of these assets requires wider investigation. However, it seems that solutions that recognise the role of the user are ones that will play an increasingly important role in the future. Deciding on the fate of our digital assets seems to be a better solution than automatic provisions of a law or terms and conditions of a service provider.

6. Instead of conclusions

As can be seen, the issues of digital assets raise many doubts. I would like to say that I know the answers to all the possible questions. But when I look at the different solutions around the world and when I see that they actually do vary very much, I think that before serious answers we need a serious debate. Is the German path highlighted in the German Facebook judgement a proper one, or shall we follow the French example where heirs can make a claim regarding the data to liquidate the estate or to take the death into account, for instance by updating a profile or closing an account. Or maybe we should follow an US-American example and create an institution of a fiduciary. Or maybe we should think about something else? There is no uniform view about what the digital assets are. Also, there is no uniform view about what to do with the digital assets when thinking of the inheritance and a death of a user. But for sure, a uniform approach is necessary. The different approach of individual legislators only introduces further doubt. To avoid this, we need to start a serious global discussion in this area. Transformations of the law of succession are likely to be carried out within the framework of uniform assumptions in individual countries. It seems intuitively obvious that digital inheritance is an equivalent category all over the world, and the perspective on it should be the same in Europe, the Americas and everywhere else. Having this in mind let's try to discuss what the future of digital assets in the sphere of the succession law should look like?

7. Bibliography

BANTA, Natalie M. Death and Privacy in the Digital Age. *North Carolina Law Review*, v. 94, p. 927, 2016.

BANTA, Natalie M. Electronic Wills and Digital Assets: Reassessing Formality in the Digital Age. *Baylor Law Review*, v. 71, n. 3, p. 547–603, 2020.

BERLEE, Anna. Digital Inheritance in the Netherlands. *Journal of European Consumer and Market Law*, v. 182, n. 6, p. 256–260, 2017.

BERTI, Ricardo; ZANETTI, Simone. La trasmissione mortis causa del patrimonio e dell'identità digitale: strumenti giuridici, operativi e prospettive de iure condendo. Law and Media Working Paper Series, n. 18, p. 1–25, 2016.

BEYER, Gerry W. Estate Planning for Digital Assets. Estate Planning Studies, n. 1, p. 1–8, 2015.

BRECZKO, Anetta; ANDRUSZKIEWICZ, Marta. Prawo spadkowe w obliczu postępu technologicznego (nowe wyzwania w XXI wieku). Białostockie Studia Prawnicze, v. 22, n. 4, p. 27–46, 2017.

DARROW, Jonathan J; FERRERA, Gerald R. Who owns a decedent's e-mails: inheritable probate assets or property of the network? Legislation and Public Policy, v. 10, p. 281–320, 2005.

ECCHER, Bernhard. Bürgerliches Recht. Band VI. Erbrecht. Wien-New York: Springer, 2010.

EDWARDS, Lilian; HARBINJA, Edina. 'What Happens to My Facebook Profile When I Die?' : Legal Issues Around Transmission of Digital Assets on Death. CREATE Working Paper, v. 5, n. 5, p. 2, 2013.

ESQUIVEL, Marco Echeverria; ACUNA, Mario Echeverria. Derecho sucesoral. Cartagena: Universidad Libre, 2011.

HARBINJA, Edina. Digital inheritance and post-mortem privacy in Europe. Disponível em: <<https://www.dataguidance.com/opinion/international-digital-inheritance-and-post-mortem>>. Acesso em: 26 jan. 2021.

HARBINJA, Edina. Legal Aspects of Transmission of Digital Assets on Death. Glasgow: University of Strathclyde, 2017.

HOPKINS, Jamie Patrick; LIPIN, Ilya Alexander. Viable Solutions to the Digital Estate Planning Dilemma. Iowa Law Review Bulletin, v. 99, p. 61–71, 2014.

JANSSEN, Andre. Das digitale Erbe eines Menschen. European Review of Private Law, n. 4, p. 697–699, 2017.

KURYŁOWICZ, Marek. Legatum per vindicationem. Z historii zapisu windykacyjnego. In: JACYSZYN, J.; DAŃSKO-ROESLER, A.; PAZDAN, M.; et al (Orgs.). Rozprawy z prawa prywatnego. Księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi Aleksandrowi Oleszce. [s.l.]: Stowarzyszenie Notariuszy RP, 2012.

LANGE, Knut Werner. Erbrecht. München: C. H. Beck, 2017.

MACKENRODT, Mark-Oliver. Digital Inheritance in Germany. Journal of European Consumer and Market Law, n. 1, p. 41–47, 2018.

MADEL, Mateusz. Następstwo prawne treści cyfrowych na wypadek śmierci. Kraków: Krakowska Akademia, 2017.

MAGNANI, Angelo. L'eredita digitale. Notariato, v. 5, p. 2018, 2014.

MENTREK, Joseph. Estate Planning in a Digital World. Ohio Probate Law Journal, n. 19, p. 195, 2009.

MORGAN, Russel. Understanding Digital Assets And Their Importance In Your Estate Planning. Forbes. Disponível em: <<https://www.forbes.com/sites/forbesbusinesscouncil/2020/06/08/understanding-digital-assets-and-their-importance-in-your-estate-planning/#2220e2f8342f>>. Acesso em: 4 jan. 2020.

OTERO CRESPO, Marta. La Sucesión En Los «Bienes Digitales». La Respuesta Plurilegislativa Española. Revista de Derecho Civil, v. 6, n. 4, p. 89–133, 2019.

PIĄTOWSKI, Józef Stanisław; KORDASIEWICZ, Bogudar. Prawo spadkowe. Zarys wykładu. Warszawa: Lexis Nexis, 2011.

ROPENGA, Philippe. Digital Assets in French Successions. Alacriter - blog - Insights into contracts, international law, trusts and estates, n. 26.02.2020, p. 1–6, 2020.

SEIN, Karin. Digital Inheritance : Heirs ' Right to Claim Access to Online Accounts under Estonian Law. Juridica International, n. 27, p. 117–128, 2018.

SISTO, Davide. Morte e immortalità digitale : la vita dei dati online e l ' interazione postuma. Funes. Journal of narratives and social sciences, v. 2, p. 111–122, 2018.

SY, Elizabeth. The Revised Uniform Fiduciary Access To Digital Assets Act: Has the Law Caught Up With Technology? Touro Law Review, v. 32, n. 3, p. 647–677, 2016.

TOYGAR, Alp; ROHM JR, C E Tapie; ZHU, Jake. A New Asset Type: Digital Assets. Journal of International Technology and Information Management, v. 22, n. 4, p. 113–119, 2013.

WALKER, Michael D. The New Uniform Digital Assets Law: Estate Planning and Administration in the Information Age. Real Property, Trust and Estate Law Journal, v. 52, p. 51–78, 2017.

WÓJCIK, Sylwester; ZAŁUCKI, Mariusz. Podstawy prawa cywilnego. Prawo spadkowe. Warszawa: Wolters Kluwer, 2015.

ZAŁUCKI, Mariusz. Digital content left on-line after death of a user. On the research that needs to be conducted. Legal and Administrative Studies, v. 19, n. 1, p. 53–66, 2020.

ZAŁUCKI, Mariusz. Uniform European Inheritance Law. Myth, Dream or Reality of the Future. Kraków: AFM Publishing House, 2015.

Digital property: can you bequeath your iTunes library? Disponível em: <<https://www.theweek.co.uk/57155/digital-property-can-you-bequeath-your-itunes-library>>. Acesso em: 24 jan. 2021.

Use of new technologies in the justice system in Poland

Beata Stępień-Zalucka¹

Abstract: When a computer first won against a human at chess, it was clear that artificial intelligence could think for itself. It was also only a matter of time before new technologies, computers and, eventually, artificial intelligence would enter individual areas of human life. Today no one is surprised by an e-calendar replacing a secretary, a gps replacing a map, a robot used to teach children or a complex medical computer used for operations, replacing a whole range of doctors and controlled by one of them. This raises the question of new technologies in the justice system, is it the time to intensify the use of new technologies in one of the most conservative areas of society? Undoubtedly, technology can be an ally of justice, as it is in other areas of social life. However, its application raises the question, on the one hand, of the extent of its actual use and, on the other hand, of the limits of its usefulness and the caution in the use of new technologies in the administration of justice. This question seems to be all the more relevant today, in times of pandemia, when access to traditional tools of the justice system is, in practice, difficult for the average person. Involves with need to physically attend court, attend a trial or file a claim, e.g. at the post office or in a court office. In my opinion, the answer to the pandemic problems of the judiciary is the use of new technologies. However, their use in the judiciary also brings with it many dangers. These dangers are related not only to the very essence of modern technologies, but also to the risk of applying them too hastily, without an adequate adaptation period. In other words, the mere application of modern technologies in the judiciary is by no means a guarantee of the success of a given instrument. There are many factors involved, but the most important thing, apart from the realisation of the right to a court, is that these instruments should be technically reliable and that they should be easy to understand in operation for potential petitioners. There are already several instruments in the Polish legal system that are considered new technologies. These include e-records, e-trial protocol, and others. However, not all of them are ready for society and the courts, as I will try to demonstrate. This results from the fact that society, having a choice, chooses the traditional paper form, which is the case with e.g. financial reports to the National Court Register. At the same time, there are also such instruments classified as modern technologies the introduction of which is greatly anticipated by the society and these are e-deliveries, which will replace the paper form of delivering court letters. Finally, in the study I will try to answer the question whether today's Poland is ready to take another step forward, that is to replace the traditional judge with an algorithm that would dispense justice in place of the judge.

Key words: court system , computerization of courts in poland, e-proceedings

¹ Instytut Nauk Prawnych, Kolegium Nauk Społecznych, Uniwersytet Rzeszowski. ORCID: 0000-0003-1802-680X

I. E-perpetual registers

One of the first e-instruments introduced in the Polish judiciary was the land and perpetual registers. These registers are the basic source of information about real estate. They are a starting point in the process of real estate management, in determining the legal status and in determining the person of the owner or administrator². The process of computerisation of land and perpetual registers began in 2003 with the Regulation of the Minister of Justice of 20 August on establishing and maintaining land and perpetual registers in the computerised system - under the project „New Perpetual Registers „ („New Land and Perpetual Registers Register”), (hereinafter referred to as NKW)³. Whereas, the selection of centres which are obliged to maintain the new system of land and perpetual registers was made by the Minister of Justice in the regulation of 16 July 2008 on designation of courts which establish and maintain land and perpetual registers in the IT system⁴. As a result of works undertaken, land and perpetual registers kept in analogue form were replaced with electronic ones. The aim of the project was to create a uniform, nationwide, fully computerised database of land and perpetual registers, combined with the possibility of verifying entries in the registers with the PESEL and REGON databases and the register of land and buildings. The new system assumes making entries to electronic books, the possibility of automatic inspection of the contents of books and streamlining the system of issuing copies from land and perpetual registers⁵. The contents of land and perpetual registers covered by the NKW system are stored in the Central Database of Land and Perpetual Registers, located in the Central Data Processing Centre of the Ministry of Justice⁶. The computerisation of land and perpetual registers has contributed to the fact that today viewing land and perpetual registers is available to everyone, at any time and, what is important, free of charge⁷. However, in the case of filing a request for copies, excerpts or certificates of the data contained in the Register via the ICT system, the Central Information Centre enables independent printing of these documents via the ICT system. Printouts of these documents have the force of documents issued by the court, if they have features enabling their verification with data included in the central database of land and perpetual registers⁸.

Computerisation of land and perpetual registers in practice led to a situation in which land and perpetual registers of a given real estate are within the reach of a telephone, as a result of which anyone interested in the contents of the register, via its e-version, saves both time and money connected with fees in the case of a paper version. In turn, access to land and perpetual registers indirectly translates into

2 B. Prus, Organizacja struktury ksiąg wieczystych w Polsce,

„Infrastruktura I Ekologia Terenów Wiejskich Infrastructure And Ecology Of Rural Areas“ 2011, nr 3, . s. 183.

3 Ordinance of the Minister of Justice of 20 August 2003 on establishing and maintaining land and mortgage registers in the computerised system, Dz.U. 2003 nr 162 poz. 1575.

4 B. Prus, op. cit., s. 186

5 B. Prus, op. cit., s. 184

6 J. Bagnicki, M. Mika, Analiza niezgodności danych opisowych działki (nieruchomości) na przykładzie wybranego obszaru ewidencyjnego, „Infrastruktura I Ekologia Terenów Wiejskich Infrastructure And Ecology Of Rural Areas” 2013, . Nr 2/II, s. 103

7 Art. 364.pkt 5 i 6 of the Act of 6 July 1982 on Land and Perpetual Registers, Dz.U. 1982 nr 19 poz. 147.

8 Art. 364.pkt 4 Act of the 6 July 1982 r. on Land and Perpetual Registers, Dz.U. 1982 nr 19 poz. 147.

certainty of legal transactions.

II. E-rejstry

Another e-judicial instrument are registers. Their purpose is to collect information resources and public information infrastructure. Nowadays, registers are an inseparable element of the functioning of the state and are indispensable for effective implementation of public tasks and ensuring efficient operation in the internal sphere of public administration. Therefore, they should ensure security and certainty of legal transactions, but at the same time guarantee freedom of social and economic activity of individuals, as well as openness of certain states and legal relations.⁹ Their undoubted advantage is the fact that they are of nationwide character, which means that they contain comprehensive data on a given subject on the scale of the whole country¹⁰.

At present, there are approximately 300¹¹ of them, including the most important one for the judiciary - the National Court Register with, inter alia, the register of entrepreneurs and the register of insolvent debtors. This register is an official record of data on entities subject to compulsory registration, maintained by the court. Currently, it operates on the basis of a mixed method, i.e. paper and teleinformation (ICT). Although, according to the assumption of the Act still dated 26 April 2018 amending the Act on the National Court Register and certain other acts, the full electronicisation of the National Court Register was to take place at the beginning of March 2020, from that moment on, all changes in the National Court Register, including financial statements of obliged entities (entrepreneurs operating as commercial law companies) were to take place in electronic form. Thus, in practice, the date of entry into force of the Act coincided with the deadline for filing financial statements, which in practice caused considerable difficulties for businesses. It was precisely because of the entrepreneurs that the legislator decided to extend the deadline for the act to enter into force, so that entrepreneurs and other interested persons would have time to adapt to the new requirements of the electronic system, get acquainted with it and become accustomed to it. The entry into force of the legislation has been postponed to 1 March 2021¹², but it is currently being further postponed until 1 July 2021¹³.

As a result, the KRS operates in a mixed form. Therefore, it is possible to either file a paper application or access KRS data electronically. Pursuant to the amendment of 13 May 2011¹⁴ to the Act of 24 May 2000 on the National Court Register, applications

9 A. Gryszczyńska, *Rejestry publiczne. Jawność i interoperacyjność*, Warszawa 2016, s. 7

10 J. Oleński defines national registers as lists, lists or inventories of specified objects, material objects, economic or technological processes, social or economic, technical or environmental events whose recording and registration is necessary for public administrations, sectoral units, public sector entities or others to perform their public functions as defined by law.

J. Oleński, *Infrastruktura informacyjna Państwa w globalnej gospodarce*, Warszawa 2006, s. 539.

M. Klimek, *Elektroniczne rejestry jako rozwiązanie usprawniające pracę służby celnej*, „Autobusy” 2016, nr 12, s. 1612

11 A. Gryszczyńska, *op. cit.*, s. 4.

12 Act of 13 February 2020 on amending the Act - Construction Law and certain other acts, Dz.U. 2020 poz. 471; *Elektroniczny KRS od 1 marca 2021*, <https://podcast.gazetaprawna.pl/elektroniczny-krs-od-1-marca-2021/>; <https://arantthornton.pl/publikacja/w-2021-wnioski-o-wpis-do-krs-tviko-droga-elektroniczna/>

13 Draft No. 3137. Government Bill to amend the Act - Code of Civil Procedure and certain other acts. 2019-01-08.

14 Act of 13 May 2011 amending the Act on the National Court Register, Dz.U. 2011 nr 144 poz. 851.

for entries in the National Court Register may be submitted electronically using a secure electronic signature verified with a valid qualified certificate. On the other hand, access to the data contained in the National Court Register is possible at any time and for everyone provided that they have Internet access. Browsing through the Register and downloading a printout of information corresponding to the current extract on entities entered in the KRS is free of charge. The printout from the system, in turn, has the same legal force as the documents issued by the Central Information Office¹⁵.

What should be emphasised is the universal access to KRS data, which ensures certainty of legal transactions while saving time and resources necessary to be paid in case of paper version. The paper version itself is certainly more reliable for the older generation, although this is, of course, a subjective perception of those who cannot use the Internet and, moreover, have no experience with it and do not trust the electronic system.

It is also important that first the legislator himself decided to postpone the date for the entry into force of the full electronic system, and now the government is working on another extension of this deadline. The delay in the introduction of this solution is due to two factors. The first is the preparation, or rather unpreparedness, of the courts, and the second is the preparation of society. It should be emphasised here that although the system works and is not unreliable, the extension of the deadline is aimed

to give the time to practice of the system. So that for both court employees and external parties - petitioners, who may be economic operators as well as interested persons - it is simply a working tool with which they are familiar.

III. Setting up a business or a company in 24 hours

Apropos of the petitioners, nowadays in Poland setting up a business is very simplified, firstly based on the one-stop-window principle and secondly based on the possibility of online formalities. According to the act of 6 March 2018.

Entrepreneurs' Law (article 17(1) „You can start your business activity on the day you apply for the Central Register and Information on Business Activity or after

entry in the Register of Entrepreneurs of the National Court Register, unless specific provisions provide otherwise”. Submitting an application for an entry to the Central Register of Evidence and Information on Economic Activity (CEIDG) can be done electronically, if one has an electronic signature, then all the formalities related to establishing a business activity are completed using a single form . It is worth adding that electronic registration takes place within 24 hours, although in practice it takes place during the working hours of the relevant office . A similar procedure is applied in case of registration of a limited liability company in the National Court Register (KRS),

¹⁵ On 1 January 2012 the provision of Article 4.4aa of the Act on the National Court Register entered into force, the Act of 20 August 1997 on the National Court Register, Dz.U. 1997 nr 121 poz. 769. More on this subject, B. Bil, Od 1 marca 2020 wnioski do KRS tylko elektronicznie!, <https://mojafirma.infor.pl/spolki/spolki/rejestr-przedsiębiorcow/3613426,Od-1-marca-2020-wnioski-do-KRS-tylko-elektronicznie.html>.

which is called S24 due to the 24-hour registration.

IV. E-protocol

E-protocol is an electronic instrument which has been introduced directly during court hearings. The foundation of its introduction was Article 45 paragraph 1 of the Constitution¹⁶ and Article 6 paragraph 1 of the ECHR¹⁷ containing the right to a court and the related right to a fair trial.

The electronic protocol was introduced to the Code of Civil Procedure (CCP) in 2010¹⁸. In 2014, an oral justification appeared¹⁹, and in 2015²⁰, a de-located hearing. Based on the solutions and experiences of the civil procedure, analogous changes were introduced in the misdemeanour proceedings in 2014 and in the criminal procedure in 2015²¹. Accordingly, the rule is that a protocol is made in the form of a video and audio recording or audio alone. The decision in this respect is up to the judges. Only in exceptional situations, when for technical reasons it is not possible to record the course of the meeting by means of a sound or image and sound recording device, the minutes shall be drawn up in written form only. The implementation of the electronic protocol in common courts was completed in 2018. In that year, a dedicated automatic speech recognition service for citizens was launched. The implementation of the service of automatic speech to text recognition is aimed at increasing the efficiency of performing court activities resulting from the provisions of the CCP (Code of Civil Procedure) and the CPC, including, inter alia, drawing up a transcription (translation) of the protocol recorded with the use of a device registering sound or image and sound, drawing up a transcription (translation) of justifications presented exclusively in oral form, drawing up justifications by judges, drawing up summaries of the contents of files and citing expert opinions, witness testimonies, drawing up orders and decisions, judgments. This service is addressed to stakeholders participating in activities carried out in the course of judicial proceedings²².

The parties and participants of the proceedings have the right to inspect the case file and to receive copies, copies or extracts of the file. The content of protocols and letters may also be made available in an electronic form via the ICT system handling court proceedings or another ICT system providing access to those protocols or letters²³.

16 Constitution of the Republic of Poland of 2 April 1997. Dz.U. 1997 nr 78 poz. 483.

17 Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. Dz.U. 1993 nr 61 poz. 284.

18 Act of 22 July 2010 amending the Act - Civil Code, the Act - Civil Procedure Code and the Act - Bankruptcy and Reorganisation Law, Dz.U. 2010 nr 155 poz. 1037.

19 By the Act of 29 August 2014. (Journal of Laws of 2014, item 1296, entered into force on 27 October 2014 and 27 March 2015) amended the provisions on recording court hearings and introduced the so-called oral justification of the court decision in cases that were electronically recorded.

20 Act of 15 January 2015 amending the Act - Code of Civil Procedure and certain other acts, Dz.U. 2015 poz. 218. Act of 10 July 2015 amending the Act - Civil Code, the Act - Civil Procedure Code and certain other acts, Dz.U. 2015 poz. 1311.

21 By the Act of 4 April 2014 amending the Act - Code of Conduct in Offence Cases (Journal of Laws of 2014, item 679, entered into force on 9 November 2014), electronic protocol was also introduced in offence cases.

22 J. Gołaczyński, A. Zalesińska, Kierunki informatyzacji postępowania cywilnego po nowelizacji Kodeksu cywilnego po nowelizacji Kodeksu postępowania cywilnego z 4.7.2019 r. „Monitor Prawniczy” 2020, Nr 12, Dokument Legis MoP

23 Ibidem.

Additionally, the possibility of independent recording of the course of a public hearing has been introduced. The amendment of 2019 made a change in such a way that now the court's permission is not required for the parties or participants in the proceedings to record the course of court hearings and other court actions at which they are present by means of a sound recording device (Article 91 of the CCP). The parties and participants to the proceedings are only obliged to warn the court about their intention to record the course of a hearing or other court action with the use of such equipment. At the same time, the court may prohibit a party or participant of the proceedings to record the course of a hearing or other action or a part thereof if it is held in camera or the correctness of the proceedings opposes it²⁴.

V. E-information

The launch of e-protocol in courts was paralleled by the launch of a service for making electronic protocols available on an IT data carrier or via an Information Portal. This instrument shall allow entitled or authorised persons to access information about a case involving them or against them. A user registered in the Information Portal receives access to data on a case including, among others, the state of the case, i.e. at what stage of proceedings the court process is currently taking place; actions performed by the court together with specification of person responsible for its execution and the date (e.g. handing over files to an expert for an (e.g. handing over files to an expert for issuing an opinion); dates of hearings set; case documents generated by the court in electronic form (outgoing letters, judgments, orders, justifications, hearing minutes); data concerning proceedings at lower instance, if any, and electronic minutes with the possibility of listening to them. The launch of the IT Portal saves time and money for those interested, as access to the Portal's data is free of charge²⁵. But what is important, the saving of time is also noticeable from the perspective of court operations. This is due to the fact that the court informs the party about particular actions in the case via electronic mailbox, which facilitates and simplifies the procedure.

Thus, in practice, the absence of the party in court at the hearing, through the activity of the IT Portal, is minimised, as the party, through the streaming service, makes the hearing available in real time. In addition, it is possible to read the audio or audio-video recording, and thus the content of the decision and the oral recitals, from a home computer after obtaining the recording of the electronic protocol²⁶.

24 Ibidem. The amendment on electronic protocol is supplemented by two regulations of the Minister of Justice of 6 November 2014:

(a) on making available to parties, defence counsels, attorneys and legal representatives the audio or video recording of the hearing in proceedings in cases of offences and the amount of the fee for issuing this recording (Journal of Laws of 2014, item 1548),

b) on technical means for recording sound or image and sound in proceedings in cases of offences (Journal of Laws of 2014, item 1549).

25 P. Kapusta, Nowe technologie w służbie prawa do sądu, [w:] Aktualne wyzwania ochrony wolności i praw jednostki Prace uczniów i współpracowników dedykowane Profesorowi Bogusławowi Banaszakowi, <https://www.bibliotekacyfrowa.pl/publication/64879>, s. 293.

26 J. Gołaczyński, A. Zalesińska, Kierunki...

VI. De-locating trial

Conducting a hearing with the use of the Internet exists since 2015, but in practice, it was not used until the Act of 14.5.2020²⁷, on amendments to certain acts in the field of protective measures, in connection with the spread of the SARS-CoV-2 virus, in civil cases, in common courts, that the de-located hearing became a fact in courts, although still too sparingly used (Article 151 § 2 of the CPC) . So far, the possibility to „de-locate hearing” was regulated by the provision of Article 151 § 2 of CCP, according to which the presiding judge may order to hold a public hearing with the use of technical equipment facilitating its remote conduct. In such a case, participants in the proceedings may take part in a court session while staying in the building of another court and perform procedural actions there, and the course of the procedural actions shall be transmitted from the courtroom of the court conducting the proceedings to the place of stay of the participants in the proceedings and from the place of stay of the participants in the proceedings to the courtroom of the court conducting the proceedings. On the other hand, a party in situation of de-locate hearing still had to stay in the building of another court²⁸.

The epidemic meant that presence in another court was also a risk.

The problem was first addressed in practice by the Regional Court in Wrocław, which introduced - by way of Order No. 0210-27/20/A of the President of the Regional Court in Wrocław- a de-located hearing (hearing without place) in April 2020. Pursuant to § 1(3) of the Ordinance, the catalogue of urgent cases, i.e. cases within the scope of which hearings and public hearings may be held, includes cases in which, due to the interest of the administration of justice under Article 14a(9) of the Act of 2 March 2020²⁹ on specific solutions related to the prevention, counteraction and eradication of COVID-19, other infectious diseases and crisis situations caused by them, the participation of the parties or participants with their consent may take place with the participation of videoconferencing, especially through a videoconferencing system allowing for the recording of the videoconference into the e-protocol system, as well as cases in which witness statements may be submitted in writing and cases in which the decision may be made in closed session.

What is important is that the entry into force of the statutory provisions on 16 May 2020 meant that the parties no longer had to consent to this procedure, as the legislator unambiguously determined that hearings may be held remotely and their participants of hearings do not have to be present in the court building³⁰. As a result, the availability of de-located hearings has become a fact for all courts.

27 Act of 13 February 2020 on amending the Act - Code of Civil Procedure and certain other acts, Dz.U. 2020 poz. 288.

28 J. Gołaczyński, A. Zalesińska, Kierunki...

29 Act of 2 March 2020 on special solutions for preventing, counteracting and combating COVID-19, other infectious diseases and crisis situations caused by them, Dz.U. 2020 poz. 374.

30 J. Gołaczyński, A. Zalesińska, Nowe technologie w sądach na przykładzie wideokonferencji i składania posm procesowych i doręczeń elektronicznych w dobie pandemii COVID-19, „Monitor Prawniczy” 2020, Dokument Legalis.

VII. EPU

It should be noted that until now, the only type of proceedings taking place fully electronically was the electronic writ of payment procedure, the so-called EPU (Article 50528 - 50538 of the Code of Civil Procedure³¹). The rules governing the electronic writ-of-payment proceedings have been introduced by the provisions of the Act of 9.1.2009 on amending the Code of Civil Procedure and certain other acts (Journal of Laws No. 26, item 156 as amended) , in principle in force since 1.1.2010³².

This procedure has introduced to the Polish legal order a hitherto unknown hybrid combining, in fact, two adjudicatory proceedings pending in the same instance but before two different courts. The essence of the proceedings is that if the proceedings are not concluded in the court recognising the case, in the absence of grounds for issuing a payment order or after filing an objection to it, the case is transferred to a court of general jurisdiction of the defendant. This court, generally speaking, considers the case anew and according to different rules³³.

What characterizes electronic writ of payment proceedings is that they are electronic in their entirety. These proceedings are characterized by a specific rigour, as the pleadings of the defendant, if not filed in electronic form, do not have legal effect. At the same time, the defendant should be informed about the effects of filing a letter by electronic means at the time of its first delivery (Article 50531 § 3 and 4 CPC)³⁴. However, this does not mean that documents constituting evidence in the case cannot be attached to the proceedings. They can, and in the case of their attachment, the e-court carries out their digitalization (processing), and thus enters traditional, printed materials into the computer memory in the form of digital data by scanning. The graphic file resulting from the scanning has the form of a bitmap (in PDF format) and is included in electronic form in the case file maintained in the ICT system. After being processed into electronic form, documents in paper form shall be stored in an auxiliary document file. The auxiliary document filing system is subject to access under rules analogous to court files (§ 272a of the Regulation of the Minister of Justice of 23.2.2007. - Rules of Procedure of Common Courts)³⁵. Thus, the court will hear the case without the participation of parties, in a closed session. As far as the fees connected with this type of proceedings are concerned, pursuant to the provision of Article 19.2.2 of the Act on Court Fees in Civil Cases³⁶, a fourth part of the fee is collected from a statement of claim in the EPU. Whereas the objection in the electronic writ of payment proceedings is not subject to the court fee³⁷.

31 Act of 17 November 1964. - Code of Civil Procedure, Dz.U. 1964 nr 43 poz. 296 with changes.

32 Z tym zastrzeżeniem, że art. 50531 § 6 KPC wszedł w życie 17.2.2009 r., a został uchylony z dniem 1.4.2016 r.
33 B. Sudnik-Hryniewicz, Zwrot opłaty od pozwu w elektronicznym postępowaniu upominawczym – wybrane zagadnienia, „Kwartalnik Krajowej Szkoły Sądownictwa i Prokuratury 2016, z. 2 (22), https://www.kssip.gov.pl/sites/default/files/kssip_2-22-2016_do-druku2.pdf, s. 37

34 A. M. Arkuszewska, Merytoryczne rozpoznanie sprawy w procesie cywilnym w ramach konstrukcji odwrócenia sporu (rozdział I. Nakaz zapłaty w postępowaniach krajowych). „Monitor Prawniczy” 2011. Nr 17. Dokument Legalis.

35 Ordinance of the Minister of Justice of 23 February 2007. Rules of Procedure of Common Courts, Dz.U. 2007 nr 38 poz. 249

36 Art. 19 (2) pkt 2, Act of 28 July 2005 on court costs in civil cases, with changes Dz.U.2020.0.755

37 A. M. Arkuszewska, op. cit.

VIII. E-communication project (e-delivery)

The changes in the regulations which took place in 2020 concerning the de-location, did not solve the most important problem, or rather a social expectation, namely the manner of communication between the petitioner and the court. Therefore, at present, filing of pleadings, as well as their delivery to the court does not allow for their electronic transmission, due to the lack of regulations in this respect.

Even though there is a resolution of the Supreme Court of 2012 (file No. III CZP9/12), which allows for electronic delivery, the problem is that the day of delivery is - to put it simply - the day of printing out such a letter in the court office. On the other hand, for the letter to be deemed effectively filed, the attorney must make up for the formal deficiency, i.e. physically sign it, which means that the party or the attorney-in-fact still has to appear in court. Here, of course, there is also a form of signature, e.g. a PDF file with a qualified certificate, equivalent to a written form; a letter filed in this manner with the court should be considered as effectively filed. However, this form is not commonly practiced, although in today's epidemic conditions it seems desirable³⁸.

It should be noted, however, that the legislator is now aiming to change this state of affairs and thus wants to „make up” for the lack of regulations in this respect from the previous amendment concerning the de-located hearing. A project concerning the Act on Electronic Communications is discussed in the Parliament³⁹.

The project creates a legal framework for the development and implementation of a registered electronic delivery service and enables citizens, entrepreneurs and public sector entities to effectively deliver documents in electronic form.

Summary

The electronisation of court proceedings in Poland has been going on for almost 20 years. Over this period a number of instruments have been implemented with the aim of transferring administrative and judicial activities to the network. The assumption is that such an activity is to, first of all, simplify individual proceedings, as well as to bring them closer to the society, making them more accessible for the society. As a result, petitioners, parties and interested persons save time and money, which are connected with traditional forms of court activities.

However, observing the practice of implementation of these new solutions one can say with full conviction that it is not an easy task. On its way it encounters not only technical difficulties, but also purely human ones related to the acceptance, and thus learning to use, a given solution by the public or court employees themselves, an example of which is the implementation of the electronic KRS. Then we need to

38 P. Rochowicz, Nowe technologie w sądach złagodziłyby skutki epidemii - wywiad z Izabelą Konopacką, <https://www.rp.pl/Sedziowie-i-sady/303179922-Nowe-technologie-w-sadach-zlagodzilyby-skutki-epidemii---wywiad-z-Izabela-Konopacka.html>

39 Projekt ustawy - Prawo komunikacji elektronicznej, <https://mc.bip.gov.pl/projekty-aktow-prawnych-mc/projekt-ustawy-prawo-komunikacji-elektronicznej.html>, Ustawa o doręczeniach elektronicznych. Sejm przyjął szereg poprawek Senatu, „Gazeta Prawna”, <https://prawo.gazetaprawna.pl/artykuly/1496570,ustawa-o-doreczeniach-elektronicznych-poprawki.html>.

answer the question of whether today Poland is ready to go a step further and replace traditional judges with algorithms that would administer justice instead of them. At present it seems not, but this does not mean that such a solution will not be optimal in the future.

Bibliography

A. M. Arkuszewska, Merytoryczne rozpoznanie sprawy w procesie cywilnym w ramach konstrukcji odwrócenia sporu (rozdział I. Nakaz zapłaty w postępowaniach krajowych), „Monitor Prawniczy” 2011, Nr 17, Dokument Legalis.

B. Bil, Od 1 marca 2020 wnioski do KRS tylko elektronicznie!,

<https://mojafirma.infor.pl/spolki/spolki/rejestr-przedsiębiorcow/3613426,Od-1-marca-2020-wnioski-do-KRS-tylko-elektronicznie.html>.

J. Bagnicki, M. Mika, Analiza niezgodności danych opisowych działki (nieruchomości) na przykładzie wybranego obrębu ewidencyjnego, „Infrastruktura I Ekologia Terenów Wiejskich Infrastructure And Ecology Of Rural Areas” 2013, , Nr 2/II, s. 103

J. Gołaczyński, A. Zalesińska, Kierunki informatyzacji postępowania cywilnego po nowelizacji Kodeksu cywilnego po nowelizacji Kodeksu postępowania cywilnego z 4 .7 .2019 r. „Monitor Prawniczy“, Dokument Legalis

J. Gołaczyński, A. Zalesińska, Nowe technologie w sądach na przykładzie wideokonferencji i składania posm procesowych i doręczeń elektronicznych w dobie pandemii COVID-19, „Monitor Prawniczy” 2020, Dokument Legalis.

A. Gryszczyńska, Rejestry publiczne. Jawność i interoperacyjność, Warszawa 2016

P. Kapusta, Nowe technologie w służbie prawa do sądu, [w:] Aktualne wyzwania ochrony wolności i praw jednostki Prace uczniów i współpracowników dedykowane Profesorowi Bogusławowi Banaszakowi, <https://www.bibliotekacyfrowa.pl/publication/64879>, s. 293

M. Klimek, Elektroniczne rejestry jako rozwiązanie usprawniające pracę służby celnej, „Autobusy „2016, nr 12

B. Prus, Organizacja struktury ksiąg wieczystych w Polsce,

„Infrastruktura I Ekologia Terenów Wiejskich Infrastructure And Ecology Of Rural Areas“ 2011, nr 3, s. 183

J. Oleński, Infrastruktura informacyjna Państwa w globalnej gospodarce, Warszawa 2006 , s. 539

P. Rochowicz, Nowe technologie w sądach złagodziłyby skutki epidemii - wywiad z Izabelą Konopacką, <https://www.rp.pl/Sedziowie-i-sady/303179922-Nowe-technologie-w-sadach-zlagodzilyby-skutki-epidemii---wywiad-z-Izabela-Konopacka.html>

B. Sudnik-Hryniewicz, Zwrot opłaty od pozwu w elektronicznym postępowaniu

upominawczym – wybrane zagadnienia, „Kwartalnik Krajowej Szkoły Sądownictwa i Prokuratury 2016, z. 2 (22), https://www.kssip.gov.pl/sites/default/files/kssip_2-22-2016_do-druku2.pdf, s. 37

O FUTURELAW, Vol. II, reúne trabalhos de investigadores não apenas de Portugal e do Brasil, mas também de Universidades de diversos países. O livro promove o debate aberto e reflexivo sobre o futuro do Direito. O referido debate, de elevada capacidade científica e académica, permite a troca de conhecimentos, a interação de ideias, a difusão e o aprimoramento do conhecimento jurídico, nas mais variadas vertentes do Direito. A transformação da realidade jurídica não precisa necessariamente levar ao surgimento de um novo direito, podendo ser suficiente a reorientação e a adaptação das normas existentes ao novo contexto.

ISBN 978-989540696-0

